

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO**

ALLYSSON FERNANDO GUINZANI SILVA

**O MERCOSUL E A AUTONOMIA DA VONTADE NOS CONTRATOS
INTERNACIONAIS**

CURITIBA

2015

ALLYSSON FERNANDO GUINZANI SILVA

**O MERCOSUL E A AUTONOMIA DA VONTADE DE NOS CONTRATOS
INTERNACIONAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Graduação em
Direito da Universidade Federal do
Paraná, como requisito parcial à obtenção
do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Marcos Wachowicz

CURITIBA

2015

ALLYSSON FERNANDO GUINZANI SILVA

**O MERCOSUL E A AUTONOMIA DA VONTADE NOS CONTRATOS
INTERNACIONAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Graduação em
Direito da Universidade Federal do
Paraná, como requisito parcial à obtenção
do título de Bacharel em Direito.

COMISSÃO EXAMINADORA

Professor 1: Marcos Wachowicz
Universidade Federal do Paraná – UFPR

Professor 2: Luís Fernando Lopes Pereira
Universidade Federal do Paraná – UFPR

Professor 3: Luís Alexandre Carta Winter
Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR

Dedico este trabalho à liberdade,
à razão e ao respeito.

AGRADECIMENTOS

Gostaria de deixar registrado meus sinceros agradecimentos a todos que me suportaram durante este trabalho e torceram por mim ao longo dessa jornada.

Agradeço ao professor Marcos Wachowicz por me mostrar o caminho quando estava perdido.

Agradeço André Bretanha Jorge, pelos livros, pelo apoio e pelo conhecimento passado.

Agradeço meus amigos, que me visitaram quase que diariamente esperando a conquista desse trabalho.

Agradeço meus pais e namorada, pelo amor que ultrapassa fronteiras, e que mesmo distantes se fazem sempre presentes.

Enfim, muito obrigado a todos.

“Um homem de sucesso sempre termina aquilo que começa.”
(José Machado da Silva)

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar o princípio da autonomia da vontade e seu tratamento nos países membros do Mercosul, uma ferramenta fundamental como meio de uniformizar as legislações internas e permitir o crescimento econômico do bloco como um todo, haja vista a experiência europeia e a tendência global na adoção e aceitação do princípio.

Palavras-chave: Mercosul; Autonomia; Vontade; Uniforme; Lei; Internacional; DIPri

ABSTRATC

The current paper aims to analyze the principle of the Autonomy of Will and its treatment on the countries that are part of Mercosul. A fundamental tool that can be used in order to promote an uniform law for the internal legislation of each country and therefore, allow the economic growth of the bloc as whole, according to the European experience and the global tendencies on recognition and acceptance of the principle.

Key-words: *Mercosul; Autonomy; Will; Uniform; Law; International; Private*

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	AUTONOMIA DA VONTADE	12
3	CONTRATOS INTERNACIONAIS	15
3.1	ASPECTOS FUNDAMENTAIS DOS CONTRATOS INTERNACIONAIS	18
3.2	ELEMENTOS DE CONEXÃO RELATIVOS À CAPACIDADE DAS PESSOAS FÍSICAS.....	20
3.3	ELEMENTOS DE CONEXÃO RELATIVOS À CAPACIDADE DA PESSOA JURÍDICA	22
3.4	ELEMENTOS DE CONEXÃO RELACIONADOS A ASPECTOS EXTRÍNSECOS E INTRÍNSECOS DAS OBRIGAÇÕES.....	23
3.5	AUTONOMIA DA VONTADE COMO ELEMENTO DE CONEXÃO DAS OBRIGAÇÕES.....	25
4	CONVENÇÕES INTERNACIONAIS E A AUTONOMIA DA VONTADE.....	27
4.1	CONGRESSO DE LIMA – 1878	27
4.2	TRATADOS DE MONTEVIDÉU – 1888/1889 E 1940.....	28
4.3	CÓDIGO DE BUSTAMANTE DE 1928.....	29
4.4	CONVENÇÃO DO MÉXICO DE 1994 (CIDIP V)	31
5	AUTONOMIA DA VONTADE NOS PAÍSES DO MERCOSUL.....	35
5.1	AUTONOMIA DA VONTADE NA ARGENTINA	36
5.2	AUTONOMIA DA VONTADE NO URUGUAI	39
5.3	AUTONOMIA DA VONTADE NO PARAGUAI	41
5.4	AUTONOMIA DA VONTADE NA VENEZUELA.....	44
5.5	AUTONOMIA DA VONTADE NO BRASIL.....	46
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS	51
7	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	53

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho se propõe a analisar o princípio da autonomia da vontade e sua relevância como ferramenta para integração jurídica e econômica entre países. Com seu uso amplamente aceito e difundido na União Europeia, se mostrou como um sistema bem sucedido para o fortalecimento e crescimento daquele bloco.

Esta monografia tem por objetivo fundamental expor a importância que a autonomia da vontade tem no âmbito das relações sociais para a uniformização da lei aplicável entre países do Mercosul. A autonomia da vontade se mostra como uma saída que para possibilitar o crescimento econômico do bloco ao minimizar a insegurança e entraves jurídicos nos países membros.

Este seria um primeiro passo rumo à uniformização das leis internas de cada país integrante do bloco e permitiria o crescimento em conjunto de seus cidadãos e de suas empresas, abrindo caminho para o fortalecimento do Mercosul como um todo.

O mundo está cada vez mais dinâmico e globalizado. Os particulares não mais estão presos à barreiras territoriais e, conseqüentemente, os negócios jurídicos frequentemente extrapolam a soberania estatal. Para que um bloco econômico funcione plenamente e atinja seu patamar mais elevado de desenvolvimento é necessário que busque igualdade no tratamento das relações comerciais e contratuais de seus cidadãos e para isso se faz necessário a aplicação de uma legislação compatível e coerente entre seus membros.

Ao contrário da União Europeia, o Mercosul não possui grandes empresas que, através de seu poder econômico, foram capazes de enfrentar obstáculos políticos e contornar ou influenciar na criação de leis visando integrar e harmonizar as relações comerciais entre seus países membros.

Diante disso, este trabalho irá demonstrar que ao permitir que os particulares tenham autonomia na escolha das leis aplicáveis a suas relações, mais um passo será dado para a integração e desenvolvimento do Mercosul. Pois, infelizmente, a realidade política dos países membros torna o processo evolutivo deste bloco econômico, iniciado há mais de dez anos, moroso e conflitante, cabendo à iniciativa privada estabelecer regras práticas capazes de demonstrar o melhor caminho a ser seguido.

Neste sentido, a aceitação da autonomia da vontade vêm crescendo e recebendo o apoio de alguns países do Mercosul, mas ainda não se pode dizer que chegou num consenso pacífico, como será apontado no estudo dirigido sobre o tratamento do tema em cada um dos países membros do Mercosul.

No decorrer desse trabalho será visto alguns aspectos inovadores, levando-se em conta a adoção de um novo código civil e comercial na Argentina, bem como pelo ingresso de um país extremamente aberto e favorável a autonomia das partes na escolha do direito aplicável, como é o caso da Venezuela.

Para isso, é necessária a abordagem histórica e conceitual do princípio da autonomia da vontade e como ela passou a fazer parte essencial dos contratos internacionais.

Outro ponto relevante para compreender a evolução global do princípio é a ampla discussão quanto a liberdade dos particulares na escolha do melhor direito para reger seus contratos vem recebendo e a preocupação dos Estados com a soberania de suas leis, buscando limites na aplicação da autonomia da vontade.

Por isso, é importante conhecer também algumas convenções internacionais em que houve amplo debate sobre o tema. Nesta monografia foram selecionados alguns tratados e convenções internacionais mais pertinentes aos países do Mercosul.

A discussão a nível internacional é fundamental para incentivar a escolha da lei aplicável, principalmente em um país como o Brasil, no qual a escassez de devida regulamentação sobre o tema é evidente. Com leis muito antigas e ultrapassadas que não mais reflete um ambiente tecnológico e globalizado em que vivemos.

Desta maneira, as convenções consistem em verdadeiros norteadores em que os operadores do direito brasileiros devem recorrer em busca de soluções que visam suprir a insegurança jurídica na contratação internacional.

2 AUTONOMIA DA VONTADE

Inicialmente, para melhor compreender a origem do princípio da autonomia da vontade, é importante conhecer os conceitos de liberdade que foram fundamentais para o desenvolvimento deste princípio. É necessário que haja primeiro a liberdade, para que se possa expressar a vontade e, então, ter autonomia sobre ela.

A liberdade é inerente a natureza humana. O homem nasce livre, uma característica, inclusive, justificada no ensino religioso, como depreende-se da consagrada história bíblica de Adão e Eva, em que Deus concede ao homem, na sua criação, o livre arbítrio.

Ademais, é notório ao longo da história da humanidade, os milhões de vidas sacrificadas pelo direito de ser livre. Comunidades foram organizadas, tecnologias desenvolvidas e guerras deflagradas, tudo isso pode ser resumido na luta pela liberdade. Na realidade, não se trata apenas de uma luta por um ideal, mas sim, uma busca constante pelo *exercício* da liberdade.

Os registros mais antigos que tratam desse tema, sob o aspecto filosófico e jurídico, remontam à Idade Antiga, mas se pode dizer que foi no fim da idade média que a autonomia da vontade passou a ter maior relevância jurídica.

Assim, considera-se autor do desenvolvimento do princípio da autonomia da vontade o jurista francês, nascido no século XVI, Charles Dumoulin¹. Na época, o direito francês não estava codificado a nível nacional, tendo cada província sua própria legislação autônoma, o que gerava conflitos para a aplicação da lei.

Dumoulin, então, defendia a ideia da liberdade das partes para decidir sobre qual a lei aplicável para os contratos internacionais, bem como para os regimes patrimoniais. Ele abordou o mérito de questões jurídicas diferenciando as disposições passíveis de modificação pela vontade das partes contratantes e das demais, a elas indisponíveis.

Acerca dessa abordagem, João Grandino Rodas discorre:

¹ ARAÚJO, Nádia de. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira*. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 390.

Dumoulin admitiu como únicos limites à vontade das partes a ordem pública internacional e a própria capacidade das partes. Não se encontra clara em sua obra a distinção entre lei imperativa e lei dispositiva, bem como não se preocupou ele em justificar a razão pela qual unicamente intenção das partes deva ser consultada, relativamente a questões dependente da vontade, aspecto esse que considerou evidente.²

Em análise mais minuciosa acerca da doutrina de Dumoulin, Almícar de Castro concluiu que:

A vontade das partes, em matéria de contrato, era soberana; e aos juízes só incumbia apurar, pelas circunstâncias do caso, se foi desejada uma disposição neste ou naquele sentido; e a disposição desejada devia ter efeito universal, como a vontade mesma de que era expressão certa ou presumida.³

Antes, era comum que o local da assinatura do contrato fosse também o da lei aplicável. O que ainda é realidade nas legislações de alguns países, tal como o Brasil, no que se verifica pelo disposto na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Porém, com o passar do tempo, o desenvolvimento do comércio e da tecnologia, tornou muito mais fácil aos indivíduos se locomoverem globalmente, se comunicarem e contratarem estando em locais bem afastados. Assim, as relações contratuais internacionais passaram a se intensificar e crescer exponencialmente.

Com esse crescimento, passaram a surgir diversas incompatibilidades da legislação nacional entre as partes contratantes. Desta maneira, se tornou imperiosa a vontade dos indivíduos como ponte comum para estabelecimento de regras seguras para reger seus negócios.

A França teve papel fundamental no desenvolvimento do conceito de autonomia da vontade. Outro autor que contribui bastante para a delimitação do tema foi Jean-Michel Jacquet. Sobre os estudos do autor, Nádia de Araújo diz que:

² RODAS, João Grandino (Coord). *Contratos Internacionais*. 3 ed. São Paulo: 2002. p. 46.

³ CASTRO, Almícar de. *Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 439-441. In: RODAS, João Grandino. op. cit. p. 46.

Esclarece que os elementos da autonomia da vontade podem ser visto em três planos: de uma parte, o princípio da autonomia aparece como o meio privilegiado de designação da lei estatal aplicável a um contrato internacional. De outro lado, o princípio permite às partes subtraírem o seu contrato ao direito estatal. Finalmente, a autonomia da vontade seria um instrumento de aperfeiçoamento do direito por causar a eliminação do conflito de leis, pois suas normas reguladoras emudeceriam em razão da liberdade internacional das convenções.⁴

Ainda, nesse sentido:

(...) o princípio da autonomia da vontade possui uma função de regra de conexão, pois inserido em convenções internacionais passa a ser um princípio conflitual, conferindo às partes o poder de contratar mesmo fora de qualquer lei, provocando a emergência de um novo princípio, cuja aplicação, ao menos em arbitragens internacionais, poderia escapar a uma lei estatal determinada e, conseqüentemente, ser regulado por normas jurídicas extra-estatais como a *lex mercatória* ou o Direito Internacional Público.⁵

É sob esse aspecto de aproximação e caráter uniformizador da autonomia da vontade que este trabalho busca levantar. Tal princípio representa grande importância na integração da legislação supra nacional, permitindo que os indivíduos particulares busquem por si mesmo e apontem as melhores regras a serem utilizadas caso a caso.

⁴ ARAÚJO, Nádya de. *Contratos Internacionais: novas tendências: Mercosul e Convenções Internacionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 14

⁵ *Idem. Ibidem.*

3 CONTRATOS INTERNACIONAIS

Para uma análise dos Contratos Internacionais, primeiramente, faz-se necessário delimitar o entendimento a respeito da definição de contrato.

Um contrato nada mais é que um instrumento jurídico pelo qual se constitui um acordo escrito ou oral celebrado entre dois ou mais sujeitos a respeito de determinada matéria, na qual as partes contratantes definem direitos e obrigações a serem seguidos, regrando sua relação.

Na definição trazida pela Grande Enciclopédia Barsa, temos que:

“Contrato é um acordo estabelecido voluntariamente entre duas ou mais partes, em que se estipula a obrigação futura de fazer, ou deixar de fazer, alguma coisa. O acordo de vontades, além de conciliar interesses contrapostos, deve ser apto a criar uma situação jurídica entre as partes, de natureza obrigacional. O contrato é assim o instrumento básico pelo qual os particulares garantem o livre exercício de sua autonomia para decidir e regular, por si mesmos, seus próprios interesses.”⁶

Nesse sentido, o contrato é a ferramenta na qual os particulares podem manifestar seus interesses e exercer seu livre arbítrio, sua autonomia para contratar, da forma que melhor lhes convém.

Entretanto, neste mundo contemporâneo, onde o estado procura regular tudo e todos, só é permitido às pessoas contratar matéria de direito patrimonial disponível, ou seja, direitos e obrigações que não pertencem à esfera política e soberana do Estado ou que pressionem a ordem pública, por assim dizer.

Matérias relacionadas à direitos fundamentais, também considerados inalienáveis, intransigíveis e personalíssimos, como aqueles de caráter pessoal, criminal, administrativo, político, trabalhista, entre outros, também não são passíveis de contratação.

⁶ GRANDE ENCICLOPÉDIA BARSA. 3ª ed. v. 4. São Paulo: Barsa Planeta Internacional Ltda., 2004. p. 391.

Porém, o entendimento do que são os direitos patrimoniais disponíveis ainda não foi exaurido doutrinariamente, como já disse Charles Jarrosson: “não há uma definição verdadeira do que são os direitos disponíveis”⁷.

Quanto ao campo aberto em que o direito não sofre regulação expressa pelo estado, a autonomia da vontade impera, e os direitos e obrigações são passíveis de ser mutuamente acordado entre as partes.

Uma melhor definição sobre direitos patrimoniais disponíveis é dada por Patrice Level:

Um direito é disponível quando ele está sob o total domínio de seu titular, de tal modo que ele pode fazer tudo em relação a este, principalmente alienar ou mesmo renunciar.⁸

Portanto, mesmo que indiretamente, o estado sempre estará presente nas relações entre os indivíduos, por mais que exista a liberdade para contratar. Isto porque, uma das partes contratantes inevitavelmente estará sujeita às leis de um ou outro estado. Ou ainda, o local de celebração ou de execução do contrato, salvo alguns lugares isolados no globo terrestre, sempre estará sujeito à soberania de determinado estado.

Importante ressaltar que a regulação dos contratos também faz parte da tutela jurisdicional do estado envolvido. Essa limitação, no Brasil, é regulada pelo Código Civil de 2002, que estabelece alguns requisitos para que o negócio jurídico tenha validade, a saber:

Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei.⁹

⁷ LEE, João Bosco. *Arbitragem Comercial Internacional nos Países do Mercosul*. v. 4. Curitiba: Juruá, 2002. p. 62.

⁸ LEVEL, Patrice, 1992, p. 213. Apud LEE, João Bosco, op. cit., p. 62.

⁹ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 22/08/2015.

Depreende-se do artigo os três pressuposto para o desenvolvimento do contrato, capacidade das partes, licitude do objeto e a legitimidade.

Entende-se como agente capaz aqueles que não se encontram na situação de exceção de capacidade, conforme previsto nos artigos 3º e 4º do Código Civil:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

- I - os menores de dezesseis anos;
- II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;
- III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.¹⁰

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

- I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;
- II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;
- III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;
- IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.¹¹

Além da pessoa possuir capacidade para contratar, no sentido de exercer atos da vida civil, é necessário que ela também possua legitimidade para tal. A legitimação estabelece as condições para a parte capaz exercer seus direitos.

O segundo pressuposto para validação do contrato diz respeito ao objeto lícito e determinável. Ou seja, só se pode contratar a respeito de algo que não seja proibido pela lei. E mais, deve-se ser determinado ou determinável, quer dizer, ser possível de auferir o que se contrata no momento da execução.

¹⁰ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 22/08/2015.

¹¹ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 22/08/2015.

O terceiro pressuposto trata da forma do contrato. Como regra geral, no direito brasileiro, a forma é livre, permitindo-se que a contratação seja feita de forma escrita, oral ou até mesmo por gestos. Entretanto, a depender da matéria, a lei estabelece formalidades para a validade do negócio, como por exemplo, a escritura pública na compra e venda de imóveis.

Assim, para que um contrato atinja uma amplitude internacional, basta que haja a presença de mais de um ordenamento jurídico de países distintos exercendo influência regulatória sobre ele.

Como bem explica Nádia de Araújo:

O que caracteriza a internacionalidade de um contrato é a presença de um elemento que o ligue a dois ou mais ordenamentos jurídicos. Basta que uma das partes seja domiciliada em um país estrangeiro ou que um contrato seja celebrado em um país, para se ver cumprido em outro.¹²

3.1 ASPECTOS FUNDAMENTAIS DOS CONTRATOS INTERNACIONAIS

Há critérios objetivos criados para se determinar a amplitude internacional de um contrato. Esses critérios serão analisados da perspectiva de contrato no direito brasileiro, pois pode haver variações na determinação de contrato interno ou internacional a depender do conceito dado por cada ordenamento jurídico.

Apesar da prática internacional já existir há muito tempo, foi com Bartolo que se firmou um dos primeiros critérios a ser utilizado como elemento de conexão para aplicação nos contratos internacionais, qual seja a *lex loci contractus*, que estabelecia como lei aplicável aquela do lugar de celebração do contrato. Mais tarde, Savigny trouxe um desdobramento dessa regra, a *lex loci obligationis*, ou a lei local de execução das obrigações.

Essa regra foi recepcionada pelo Direito Brasileiro através de construções doutrinárias e jurisprudenciais, obtendo respaldo legal na Lei de Introdução ao Código Civil que, em seu artigo 9º assim dispõe:

¹² ARAÚJO, Nádia de. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira*. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 384.

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

§ 1º Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato.

§ 2º A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.¹³

Um critério embasado do ponto de vista econômico, considerado um tanto quanto rígido para sua aplicação foi trazido em 1927 pelas considerações do procurador-geral francês Matter. Segundo ele, o contrato internacional “seria aquele que abrangesse um duplo movimento de mercadorias, capitais ou serviços para o exterior, ou seja, um fluxo e refluxo de bens, capitais e serviços através das fronteiras.”¹⁴

Entretanto, devido à complexidade que a globalização e a modernização que vêm ocorrendo nos relacionamentos globais, este critério revelou-se um tanto engessado, tornando-se necessário a adoção de posições mais flexíveis.

Neste contexto, a definição de contrato internacional, segue linha similar de raciocínio conforme acima explicitado por Nádia de Araújo, como é entendimento também de Antônio Carlos Rodrigues do Amaral que o define “contrato internacional como aquele acordo de vontades que está potencialmente sujeito a dois ou mais sistemas jurídicos.”¹⁵

Quando se está sujeito há mais de um ordenamento jurídico, para se definir qual será o direito aplicável a cada caso, deve-se utilizar o instituto do DIPRI e verificar elementos de conexão que ligam as partes contratantes e tornam possível a identificação de qual será o ordenamento jurídico prevalecente na relação obrigacional entre as partes.

O elemento de conexão é meio técnico-jurídico utilizado para definição do direito aplicável. Quem bem conceitua elemento de conexão é Irineu Strenger, pela análise dos estudos de Goldshimdt, para ele:

¹³ BRASIL. Lei 10.406/2002. op. cit.

¹⁴ AMARAL, Antônio Carlos Rodrigues do (Coord.). *Direito do Comércio Internacional: Aspectos Fundamentais*. São Paulo: Aduaneiras, 2004. p. 280.

¹⁵ *Idem, ibidem*.

[...] elementos de conexão são expressões legais de conteúdo variável, de efeito indicativo, capazes de permitir a determinação do direito que deve tutelar a relação jurídica em questão.¹⁶

Os elementos de conexão são variáveis e têm caráter vinculativo a depender das circunstâncias em que são utilizados, podendo ser a nacionalidade, a residência, o domicílio, o lugar da execução, etc. Ele pode ser adaptado de acordo com as circunstâncias e as particularidades de cada caso.

Porquanto este trabalho trata de contratos internacionais, para uma análise mais prática dos elementos de conexão, seguindo os ensinamentos de João Grandino Rodas¹⁷, serão divididas em partes distintas e independentes entre si, quais sejam:

- I) Elementos de conexão relativos à capacidade da pessoa física;
- II) Elementos de conexão relativos à capacidade da pessoa jurídica;
- III) Elementos de conexão relacionadas à aspectos extrínsecos ou formais;
- IV) Elementos de conexão referentes a aspectos intrínsecos ou de fundo.

3.2 ELEMENTOS DE CONEXÃO RELATIVOS À CAPACIDADE DAS PESSOAS FÍSICAS

Como já visto acima, cabe ao direito público estabelecer as condições e pressupostos que exprimem a capacidade da pessoa, emanada de sua personalidade. Tornar, desta forma, a personalidade capaz de adquirir direitos e contrair deveres de acordo com o disposto nas regras internas de determinado estado. Sem o qual, pode o ato jurídico ter seus efeitos anulados ou negados.

¹⁶ STRENGER, Irineu. *Direito Internacional Privado*. 2 ed. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 286.

¹⁷ RODAS, João Grandino, op. cit., p. 22.

João Grandino Rodas¹⁸ indica três sistemas utilizados para determinação da lei aplicável, com ênfase na capacidade, quais sejam: a territorialidade (*lex fori*), a nacionalidade (*lex patriae*) e o domicílio (*lex domicillii*).

No sistema baseado na territorialidade, a lei do estado se impõe a todas as pessoas em seu território, não diferenciando as pessoas nacionais das estrangeiras, ou daqueles que ali residem dos que estão apenas de passagem pelo território. Apesar de ser um sistema simples e de fácil aplicação, é seguido por poucos países, talvez porque não dê a ênfase necessária aos estrangeiros. O exemplo clássico de estado que o utilizou para determinação da capacidade das partes foi a antiga União Soviética.

Atualmente, os sistemas da nacionalidade e do domicílio estão entre os mais utilizados pelos países. A lei aplicável tendo em vista a nacionalidade do indivíduo foi concebida pelos franceses, em seu Código Civil de 1804. Assim, aplicavam-se aos estrangeiros, domiciliados ou não na França, a lei de seus países de nascimento. Foi uma construção um tanto jurisprudencial, que aplicava subsidiariamente o sistema domiciliar, especialmente nos casos de múltiplas nacionalidades ou dos apátridas. Sempre, porém, observando a questão de ordem pública francesa.

Por sua vez, o sistema do domicílio, que aplica a lei do país em que a pessoa possui residência, possui certas vantagens. Uma vez que, em geral, a pessoa adquire os hábitos e costumes do local em que mora, tornando-se a lei mais conhecida e conseqüente mais fácil a sua aplicação.

O Brasil utilizava-se do sistema da nacionalidade, recepcionado pelo Código Civil de 1916, que dizia em seu art. 8º.: “A lei nacional da pessoa determina a capacidade civil, os direitos de família, as relações pessoais dos cônjuges e o regime dos bens no casamento, sendo lícito quanto a este a opção pela lei brasileira”. E subsidiariamente o sistema de domicílio era utilizado. Ao decorrer do tempo foi paulatinamente perdendo espaço para o sistema de domicílio, hoje nos termos do art. 7º. da Lei de Introdução ao Código Civil: “A lei do país em que domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família”.

¹⁸ RODAS, João Grandino (Coord). *Contratos Internacionais*. 3 ed. São Paulo: 2002.

3.3 ELEMENTOS DE CONEXÃO RELATIVOS À CAPACIDADE DA PESSOA JURÍDICA

Enquanto que a capacidade da pessoa física se sujeita às leis do local em que está domiciliada, segundo DIPRI Brasileiro, a capacidade da pessoa jurídica é dada pela lei do local em que foi constituída.

Esse entendimento é dado pelo art. 11 da Lei de Introdução ao Código Civil, que diz:

Art. 11. As organizações destinadas a fins de interesse coletivo, como as sociedades e as fundações, obedecem à lei do Estado em que se constituírem.

§ 1º Não poderão, entretanto ter no Brasil filiais, agências ou estabelecimentos antes de serem os atos constitutivos aprovados pelo Governo brasileiro, ficando sujeitas à lei brasileira.

§ 2º Os Governos estrangeiros, bem como as organizações de qualquer natureza, que eles tenham constituído, dirijam ou hajam investido de funções públicas, não poderão adquirir no Brasil bens imóveis ou susceptíveis de desapropriação.

§ 3º Os Governos estrangeiros podem adquirir a propriedade dos prédios necessários à sede dos representantes diplomáticos ou dos agentes consulares.¹⁹

Entretanto, conforme disposto no parágrafo primeiro, a pessoa jurídica constituída no estrangeiro, fica limitada à práticas de atos no Brasil, sendo a elas vedado estabelecimento de filiais e agências sem prévia aprovação e registro na autoridades brasileiras competentes.

Sua capacidade, portanto, fica restrita à prática de atos obrigacionais para execução de deveres e direitos originados por meio de contratos. Não sendo permitido a prática de atos contínuos e recorrentes. Sendo que, para uma capacidade mais ampla, que autorize também seu funcionamento no Brasil, de modo a obter os mesmos direitos da pessoa jurídica aqui constituída, faz-se mister a aprovação de seus atos constitutivos pela autoridade brasileira competente.

¹⁹ BRASIL. Lei 10.406/2002. op. cit.

3.4 ELEMENTOS DE CONEXÃO RELACIONADOS A ASPECTOS EXTRÍNSECOS E INTRÍNSECOS DAS OBRIGAÇÕES

Quanto aos elementos de conexão relacionados às obrigações, há dois grupos em que podem ser divididos. Aqueles referentes aos aspectos extrínsecos ou formais e os relativos aos aspectos intrínsecos ou de fundo.

Antonio Carlos Rodrigues do Amaral faz a diferenciação entre eles, segundo o autor:

Assim, enquanto que os elementos formais visam a verificar a manifestação da vontade em si, tornando-a visível e exterior, bem como certificando a existência dos atos jurídicos e facilitando a prova dos mesmos, os elementos de fundo destinam-se a garantir a compreensão dos atos e a genuinidade da declaração de vontade, assim como a legitimidade do objeto da mesma.²⁰

Atribui-se tanta importância a formalidade dos atos jurídicos para que se possa estabelecer um padrão comum de entendimento entre as partes, evitando-se possíveis vícios à manifestação de vontade. A este respeito, dispõe Álvaro da Costa Machado Villela:

A forma externa, destinada a verificar a manifestação da vontade, consiste naturalmente no conjunto de meios juridicamente legítimos de tornar visível a vontade, de certificar a existência dos actos jurídicos e de facilitar sua prova.²¹

O Brasil, desde muito tempo adotou o princípio da *locus regit actum* – a lei do lugar rege o ato. Para Amílcar de Castro esta regra trata-se “das mais antigas, aceita por todas as escolas estatutárias, por todas as doutrinas modernas e por todos os sistemas positivos de direito internacional privado.”²² Houve certos debates

²⁰ AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. op. cit. p. 222 e 223.

²¹ VILLELA, Álvaro da Costa Machado. *O direito internacional privado no Código Civil Brasileiro*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1921. p. 219-2201. In: RODAS, João Grandino. op. cit. p. 33.

²² CASTRO, Amílcar de. *Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 517. In RODAS, João Grandino, op. cit. p. 223.

e controvérsias sob a faculdade ou obrigatoriedade deste princípio, porém o art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil é genérico e impõe a obrigatoriedade quanto à forma essencial, observando ainda as peculiaridades do direito estrangeiro.

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

§ 1º Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato.²³

No que diz respeito aos aspectos de fundo ou substanciais dos contratos, a doutrina, o direito positivo e a jurisprudência comparados indicam diversas soluções quanto à lei aplicável, são elas:

- i) lei do lugar da execução (*lex loci executionis*);
- ii) lei do lugar do contrato (*lex loci contractus*);
- iii) lei pessoal do devedor (*lex patriae* ou *lex domicilii* do devedor);
- iv) lei pessoal das partes (*lex patriae* ou *domicilii* comum das partes);
- v) lei escolhida pelas partes (*lex voluntatis*).

A primeira e mais antiga lei de regência dos contratos, é a *lex loci contractus*, que apesar de ainda estar vigente no ordenamento brasileiro, conforme se depreende do caput do art. 9º, não abarca as situações do mundo contemporâneo, altamente globalizado, em que é cada vez mais crescente a contratação entre ausentes.

Desta forma, a *lex loci executionis* se faz mais adequada para, subsidiariamente, regular as obrigações contraídas entre ausentes. Ela encontra respaldo no § 2º da Lei de Introdução, que diz:

§ 2º A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.

²³ BRASIL. Decreto Lei 4.657 de 4 de setembro de 1942. *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 29/08/2015.

Assim, dos elementos de conexão existente são dois que regulam efetivamente os aspectos de fundo ou intrínsecos das obrigações, O *lex loci contractus*, que tem como indício de seu surgimento como o local de assinaturas do contrato. Já o *lex loci executionis*, elemento preponderante na contratação entre ausentes reputa à lei do local de residência do proponente.

Tendo em vista que a tecnologia e o mundo atual permitem fácil locomoção e comunicação entre os indivíduos, há outro elemento essencial, tema principal do presente trabalho, qual seja a autonomia da vontade como elemento de conexão das obrigações.

3.5 AUTONOMIA DA VONTADE COMO ELEMENTO DE CONEXÃO DAS OBRIGAÇÕES

Atualmente, no mundo globalizado em que vivemos, a vontade individual passa a ter grande relevância como elemento de conexão das obrigações. O princípio da autonomia da vontade é o que permite que as partes, e não somente o estado, na determinação da lei aplicável na relação jurídica e contratual entre os envolvidos.

Neste sentido, em obra de Antonio Carlos Rodrigues do Amaral, encontra-se a definição dada por Haroldo Valladão:

No direito pátrio, a definição é de Haroldo Valladão, o qual entendeu tratar-se tão somente da vontade ou do querer autônomo dos interessados. Através desse novo elemento, dá-se à vontade individual, expressa ou tácita, a faculdade de escolher a lei competente em certas matérias, dentre elas as substâncias e os efeitos das obrigações.²⁴

Dessa maneira, dá-se ainda mais importância à autonomia da vontade das partes em escolher qual será a lei aplicável em determinado acordo, considerando ainda a possibilidade também de escolha pelo processo arbitral, decidindo-se tanto pela norma aplicável, como também pelas normas processuais a que o caso será regido.

²⁴ AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. op. cit. p. 225.

Sobre as alternativas que o direito brasileiro adota para autonomia da vontade como elemento de conexão, Amaral se manifesta:

Assim, no que tange à liberdade de escolha pelas partes da lei aplicável aos contratos, existiriam dois sistemas concomitantes no que tange aos contratos internacionais. Embora falte uma justificativa lógica para tanto, de um lado, os contratos cujos litígios serão resolvidos por arbitragem poderiam ter o direito a eles aplicável livremente determinado pelas partes, enquanto que, de outro lado, no que se refere àqueles contratos sujeitos à jurisdição estatal, haveria certa dúvida no que tange tal escolha.

Por isso, é importante que o jurista se atente a discussão da autonomia da vontade como elemento de conexão. Podendo este ser fator definitivo na escolha da lei aplicável a depender do foro a que o contrato será submetido.

4 CONVENÇÕES INTERNACIONAIS E A AUTONOMIA DA VONTADE

A seguir será analisado o tratamento do tema autonomia da vontade no âmbito das convenções internacionais. Enquanto que o tema anda a passos lentos no ordenamento jurídico brasileiro, as convenções internacionais servem de padrão para resguardar a segurança jurídica nas contratações internacionais.

Tais encontros internacionais entre os governos representam papel fundamental para atender os interesses de movimentos pela harmonização do Direito Privado Internacional.

Assim, estão aqui presentes as convenções mais influentes nos países da América Latina, conseqüentemente aquelas que os países do Mercosul são signatários ou que ao menos, houve debate significativo a respeito do tema da autonomia da vontade.

4.1 CONGRESSO DE LIMA – 1878

O Congresso de Lima foi um dos primeiros no mundo a promover a unificação e harmonização do Direito Internacional Privado e teve forte influência nos países da América Latina, desencadeando mais discussões e reuniões nesse sentido.

Ele buscava em suprir a necessidade de resolver os conflitos resultantes da aplicação de leis em cada Estado americano de modo a assegurar soluções uniformes para o tema. Nádia de Araújo traz a opinião do professor Pradier Foderé sobre o tema:

Essa necessidade decorria do desenvolvimento das relações internacionais de toda natureza e o aperfeiçoamento dos meios de transportes e comunicação da época. Assim, não sendo possível uniformizar a legislação de todo o mundo civilizado, ao menos se podia, na sua opinião, promover a uniformização entre os países possuidores das mesmas tradições, relações

geográficas e língua, iniciativa que coube ao Peru, convocando o Congresso de Lima.²⁵

A maior disputa neste congresso, que resultou no Tratado de Lima, foi quanto aos critérios para fixação da lei aplicável aos sujeitos, se seria vinculado ao estatuto pessoal, pela base da nacionalidade, ou se seria adotada a regra do domicílio. Prevaleceu a regra da nacionalidade. Entretanto a aceitação entre os presentes foi baixa, considerando-se que a maior parte dos países adotava o critério do domicílio.

Por fim, o Tratado de Lima também estabeleceu como regra de conexão para os contratos internacionais a *lex contractus*, consenso comum em que chegaram os participantes.

Compareceram ao congresso sete países, sendo eles, Bolívia, Chile, Costa Rica, Equador e Peru. Membros do Mercosul, somente Argentina e Venezuela. O Brasil não atendeu à convocação.

4.2 TRATADOS DE MONTEVIDÉU – 1888/1889 E 1940

Os Tratados de Montevidéu sobre o Direito Internacional Privado são divididos em duas partes. A primeira, iniciada em 1888, ocorrida durante o Congresso Sul-Americano, com o objetivo de unificar as regras de DIPRI da região Sul. Foi uma resposta ao Congresso de Lima de 1877/1878 que estabeleceu a nacionalidade como elemento de conexão para reger a regra de conflito do estatuto pessoal.²⁶ A segunda parte, foi organizada logo após seu cinquentenário, com o fim de revisão das convenções concluídas no primeiro congresso.

Os tratados de Montevidéu foram responsáveis em matéria de direito civil internacional por estabelecer as regras de conflitos relativas aos contratos internacionais. Adotou o critério da lei aplicável como sendo o do local de execução

²⁵ FODERÉ, Pradier. In: ARAÚJO, Nádía de. *Contratos Internacionais: novas tendências: Mercosul e Convenções Internacionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 139.

²⁶ LEE, João Bosco. op. cit. p 233.

(*lex executionis*) e subsidiariamente o local da conclusão do contrato (*lex celebrationis*). Segundo Souza Júnior:

No plano convencional, portanto, não se admite a autonomia da vontade para a eleição do direito aplicável aos contratos internacionais, sendo o Estado-legislador e não os contratantes o único ente capaz de determinar a *lex contractus*. Adotam-se critérios rígidos de conexão para os contratos, que muitas vezes revelam-se meramente acidentais e desimportantes para uma adequada determinação do direito aplicável.²⁷

Entre os países do Mercosul signatários desse tratado estão Argentina, Paraguai e Uruguai. O Brasil, entretanto, foi o único país que assinou, mas ainda não ratificou o tratado, devido às políticas da época.

4.3 CÓDIGO DE BUSTAMANTE DE 1928

Em 20 de fevereiro de 1928 iniciou-se a 6ª Conferência de Havana, onde foi aprovado o projeto do Código de Direito Internacional Privado de autoria de Antonio Sanchez Bustamante.

O Código de Bustamante tentou conciliar as correntes que privilegiavam o critério da nacionalidade com outras que seguiam o critério do domicílio. Ele abarcou muitos temas na tentativa de uniformizar todo o DIPRI internacional, tendo ao todo 427 artigos, fato que levou a ser muito criticado.

O professor Haroldo Valladão²⁸ foi um de seus principais críticos, para ele o fato de tentar abarcar muitos tópicos para uniformizar de forma completa e total o Direito Internacional Privado tornando-o único e comum a todos os países era uma utopia igual ao desejo de criar-se um único direito civil para todas as nações.

São nos artigos 164 a 186 que se pode encontrar o tratamento do tema relativo aos contratos e às obrigações. Segundo entendimento de Nádia de Araújo:

²⁷ SOUZA JÚNIOR, Lauro da Gama e. *Os Princípios do Unidroit Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais e sua Aplicação nos Países do Mercosul*. In: João Grandino Rodas (Coord.) *Contratos Internacionais*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 434.

²⁸ VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*. vol. 1. 5 ed. Freitas Bastos, Rio de Janeiro: 1980. p. 203. In: ARAÚJO, Nádia de. op. cit. p. 152.

Há, ainda, várias normas específicas regendo a forma, enquanto a *lex executionis* rege condições de pagamento e moeda. Assim, o Código de Bustamante consagrou a *lex celebrationis* como regra de conexão apenas de forma parcial.²⁹

Em momento algum o Código de Bustamante menciona expressamente a recepção da autonomia da vontade. Entretanto o próprio autor, posiciona-se favoravelmente ao princípio:

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 absoluto de la voluntad y la falta de todo elemento para conocerla, debe acudirse a una presunción.³⁰

Nesta senda, Nádía de Araújo, em leitura da avaliação de Irineu Strenger sobre o Código de Bustamante:

Admite que da primeira leitura do código poder-se-ia pensar que este não abraçou a teoria da autonomia. No entanto, acredita que a análise do artigo 186 autoriza o pensamento contrário, pois este determina o respeito, com força de lei, do inteiro teor das obrigações estipuladas entre as partes, o que nos levaria ao permissivo legal de escolherem estas a lei aplicável ao contrato.³¹

Quanto a permissão da autonomia da vontade no Código, Nádía de Araújo também traz a opinião de Samtleben:

²⁹ ARAÚJO, Nádía de. op. cit. p. 153

³⁰ BUSTAMANTE Y SIRVEN, Antonio Sanchez. *Derecho Internacional Privado*. tomo II. 3ª ed. Havana. Cultural: 1943, p. 178. In: ARAÚJO, Nádía de. op. cit. p. 154.

³¹ ARAÚJO, Nádía de. op. cit. p. 155.

(...) para quem o artigo 166 permitiu a autonomia da vontade, mas de formar defeituosa. A respaldar seu pensamento, trouxe alguns exemplos de jurisprudência no sentido aludido.³²

Assim, conclui-se que o Código de Bustamante possui algumas inconsistências quanto as regras para determinação da lei aplicável e na prática é aplicado subsidiariamente às leis de cada país.

São signatários dele Bolívia, Costa Rica, Cuba, Chile, Equador, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, Nicarágua, Panamá, Peru e República Dominicana. Do Mercosul, Brasil e Venezuela.

4.4 CONVENÇÃO DO MÉXICO DE 1994 (CIDIP V)

As Convenções Internacionais sobre Direito Internacional Privado (CIDIPs) consubstanciam-se em uma série de encontros para discussão de diretrizes sobre o Direito Internacional Privado aplicado nos países da América. Realizados pela Organização dos Estados Americanos desde a década de 1950, inicialmente com o objetivo de reforma e unificação normas globais, como o código de Bustamante e os Tratados de Montevideu, preocupando-se com a integração jurídica e econômica entre os países.³³

Das conferências que foram realizadas até o momento, as que trataram mais especificamente do tema relativo a contratação internacional, foram a CIDIP IV, em que teve início discussões sobre a autonomia da vontade, aprovando-se alguma resoluções e princípios de tratamento; e a CIDIP V realizada no México em 1994, onde foram aprovadas duas convenções, dentre elas a Convenção do México de 1994.

A autonomia da vontade apesar de discutida no CIDIP IV, encontrou forte resistência ante a falta de consenso entre os países participantes, neste sentido Cecília Aguirre, presente nas discussões, trouxe sua contribuição a respeito da relatoria:

³² *Idem, Ibidem.* p. 156.

³³ ARAÚJO, Nádia de. op. cit. p. 157.

Informa que embora houvesse consenso entre a maioria das delegações sobre a questão da autonomia da vontade, o Brasil, através de seu delegado, se manifestou contrariamente à recepção do princípio, tendo em vista que seria incompatível com a atual posição do nosso ordenamento jurídico, que não parecia ter em vista nenhuma mudança num futuro imediato. Ressaltou o delegado que embora a posição da doutrina fosse favorável à autonomia, a jurisprudência era em sentido contrário, servindo de base a posição oficial. Ressalte-se que as atas das reuniões não foram publicadas, sendo a informação obtida pela autora, que estava presente às discussões. Também o Uruguai procurou uma posição conciliadora, em vista de sua posição legislativa contrária à autonomia, desde os idos do Tratado de Montevideú. Por sua parte, o delegado argentino Antonio Boggiano, manifestou-se contrariamente à posição do Uruguai, pois as limitações impostas pela proposta uruguaia não deixaram quase nada ao princípio da autonomia. Por outro lado, havia a proposta da delegação mexicana, que apresentou um projeto de convenção. Esse projeto já adotava a autonomia da vontade como um de seus cânones, mas a regra subsidiária na falta da escolha das partes era a *lex loci executionis*. Também se preocupava com o âmbito da aplicação da lei aplicável e as exceções à aplicação da convenção, adotando o sistema do *dépeçage*.³⁴

Frise-se que a maioria dos países presentes estavam de acordo com a aceitação da autonomia da vontade, encontrando maior resistência nos países do Mercosul, notadamente o Brasil e o Uruguai.

Por isso, apenas alguns princípios foram adotados para servir de base para uma próxima discussão. Em síntese de Nádia de Araújo:

Consagrou-se a autonomia da vontade das partes, adotada como princípio básico nº 1. A seguir, à falta de escolha aplicar-se-ia a regra dos vínculos mais estreitos. [...]

Aceitou-se a autonomia da vontade com as seguintes limitações: primeiro, deveria esta aplicar-se apenas àqueles contratos considerados internacionais; segundo, a lei escolhida não seria aplicável se manifestamente contrária à ordem pública do foro; terceiro, a lei escolhida

³⁴ AGUIRRE, Cecília. La autonomía de la voluntad en la contratación internacional, p. 76 a 79. Apud Araújo, Nádia de. op. cit. p. 162 e 163.

poderia alcançar a totalidade do contrato ou parte dele; quarto, a escolha poderia dar-se a qualquer tempo, desde que resguardados os direitos de terceiros, e deveria ser expressa, ou demonstrar-se ser esta escolha inequívoca da análise da conduta das partes.³⁵

Com estes princípios estabelecidos, somado a outros trabalhos e discussões a respeito do tema, como foi o projeto de Tucson³⁶, houve forte inspiração para as discussões e aprovação de convenções realizadas no CIDIP V.

Nesse sentido, foi no CIDIP V, já com muita discussão da matéria que a Convenção do México foi aprovada, estabelecendo princípios modernos se comparado com sua fonte de inspiração, a Convenção de Roma.

Segundo Nádía de Araújo:

A Convenção do México estabelece dois critérios para a definição de um contrato internacional. O primeiro, geográfico, quando a residência habitual ou estabelecimento comercial das partes for localizado em países-membros distintos. O segundo, quando o contrato tiver pontos de contatos objetivos com mais de um Estado-parte. Também contém uma norma de âmbito espacial, consagrada no artigo 2, definindo seu caráter como universal, pois estabelece que o direito designado pela convenção será aplicável, mesmo que se trate do direito de um Estado não parte.

No que diz respeito à lei aplicável, contemplou a convenção como regra geral o princípio da autonomia da vontade, quase na mesma forma estabelecida pela Convenção de Roma, aceitando, inclusive, o *dépeçage* voluntário, a escolha de uma lei sem vínculo com o contrato, a possibilidade de sua modificação posterior, e a admissão da escolha tácita quando evidente. A expressão *evidente* foi preferida a *notório* ou *inequívoco*, para que com isso ficasse claro o caráter realista da vontade, além de excluir a faculdade de escolha de qualquer outra pessoa que não as partes.³⁷

³⁵ ARAÚJO, Nádía de. op. cit. p. 163 e 164.

³⁶ Resultado de uma reunião promovida pela OEA, com contribuições do CJI, transformando-se em documento que serviu de base para as discussões no CIDIP V.

³⁷ ARAÚJO, Nádía de. op. cit. p. 173.

Ainda, a Convenção do México aceitou a escolha das partes por princípios e regras de caráter não estatal, conforme é a leitura e entendimento de Nádía de Araújo:

Nesse sentido, entendemos da leitura da Convenção do México inferir-se a permissão às partes de escolher as leis, qualquer que seja ela, desde que seja parte de um ordenamento nacional, mas sem necessariamente possuir um vínculo real com o contrato em questão. Isso permite às partes a escolha, por exemplo, de uma lei neutra, ou mais adequada pela sua complexidade a resolver possíveis litígios.³⁸

Neste sentido, a Convenção do México se mostra como instrumento fundamental para a aceitação do princípio da autonomia da vontade e da escolha da lei aplicável pelas partes nas legislações dos países do Mercosul.

³⁸ ARAÚJO, Nádía de. op. cit. p. 183.

5 AUTONOMIA DA VONTADE NOS PAÍSES DO MERCOSUL

Será analisado o tratamento da autonomia da vontade na escolha do direito aplicável aos contratos internacionais no ordenamento interno de cada um dos países membros do Mercosul.

Como visto acima, a autonomia da vontade depende de autorização da legislação de Direito Internacional Privado de cada país. Conforme ensina Lauro da Gama e Souza Júnior, ao tratar dos Princípios do Unidroit:

Em outras palavras, para a ampla aceitação dos Princípios como direito aplicável pelos tribunais estatais, seria necessário que o próprio DIP nacional autorizasse a escolha, pelas partes, de normas jurídicas desvinculadas de qualquer Estado para disciplinar suas relações contratuais.³⁹

Ou seja, a aceitação ou não de aplicação de outras normas no contrato internacional depende de autorização do ordenamento jurídico estatal. Ainda, segundo Souza Júnior:

[...] em geral, os ordenamentos nacionais resistem a aceitar a escolha, pelas próprias partes, do direito regente das suas relações comerciais, negando vigência ao princípio da autonomia da vontade em matéria de contratos internacionais.⁴⁰

Neste sentido, o Mercosul está atrasado na unificação de seus sistemas de direito internacional de modo a evitar conflitos internos ou solucioná-los de forma uniforme e coerente, evitando-se maior insegurança jurídica nas relações comerciais de seus nacionais. Essa resistência à aceitação da tendência moderna e globalizada da autonomia da vontade frente à manutenção do sistema de elementos de conexão tradicional obsta o progresso de um Mercosul mais forte. Assim:

³⁹ SOUZA JÚNIOR, Lauro da Gama e. *Os Princípios do Unidroit Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais e sua Aplicação nos Países do Mercosul*. In: João Grandino Rodas (Coord.) *Contratos Internacionais*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 433.

⁴⁰ SOUZA JÚNIOR, Lauro da Gama e. op. cit. p. 434.

Não é difícil perceber que tal atitude representa um custo considerável para as transações comerciais encetadas entre partes domiciliadas no Mercosul, entre si e com parceiros estrangeiros. De igual modo, esse atraso não auxilia o processo de integração regional, nem o de integração hemisférica, pois mantém a enorme distância que atualmente existe entre a legislação dos países integrantes do Cone Sul e a dos ordenamentos que, em matéria contratual, privilegiam a vontade das partes e estimulam a adoção de regras uniformes, de caráter estatal ou não, visando a assegurar a estabilidade e segurança necessárias ao comércio internacional.⁴¹

Será visto como o ordenamento de cada país membro do Mercosul trata o princípio da autonomia da vontade e a escolha do direito aplicável nos contratos comerciais internacionais, de acordo com os tratados que são signatários.

5.1 AUTONOMIA DA VONTADE NA ARGENTINA

Apesar de a doutrina e a jurisprudência admitir a autonomia da vontade, até recentemente o ordenamento jurídico argentino não continha uma norma de direito internacional privado que a adote de maneira expressa.

Souza Júnior explica que:

Embora as normas argentinas de direito internacional privado não primem pela clareza, nem mencionem expressamente a autonomia da vontade em matéria conflitual, juristas argentinos da grandeza de Goldschmidt e Boggiano defendem a aceitação do princípio.⁴²

Entretanto, importante ressaltar que uma grande mudança foi feita nas leis argentinas, de modo a recepcionar expressamente a autonomia da vontade, representando grande avanço neste país comparado aos outros membros do Mercosul.

⁴¹ SOUZA JÚNIOR, Lauro da Gama e. op. cit. p. 434.

⁴² SOUZA JÚNIOR, Lauro da Gama e. op. cit. p. 434.

Em 1º de agosto de 2015, entrou em vigor o novo Código Civil y Comercial de La República Argentina, por meio da Ley 26.994⁴³, possibilitando expressamente que as partes escolham a lei aplicável nos contratos internacionais. Conforme dispõe o art. 2.651 do referido diploma:

ARTICULO 2651.- Autonomía de la voluntad. Reglas. Los contratos se rigen por el derecho elegido por las partes en cuanto a su validez intrínseca, naturaleza, efectos, derechos y obligaciones. La elección debe ser expresa o resultar de manera cierta y evidente de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Dicha elección puede referirse a la totalidad o a partes del contrato.

El ejercicio de este derecho está sujeto a las siguientes reglas:

a) en cualquier momento pueden convenir que el contrato se rija por una ley distinta de la que lo regía, ya sea por una elección anterior o por aplicación de otras disposiciones de este Código. Sin embargo, esa modificación no puede afectar la validez del contrato original ni los derechos de terceros;

b) elegida la aplicación de un derecho nacional, se debe interpretar elegido el derecho interno de ese país con exclusión de sus normas sobre conflicto de leyes, excepto pacto en contrario;

c) las partes pueden establecer, de común acuerdo, el contenido material de sus contratos e, incluso, crear disposiciones contractuales que desplacen normas coactivas del derecho elegido;

d) los usos y prácticas comerciales generalmente aceptados, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, resultan aplicables cuando las partes los han incorporado al contrato;

e) los principios de orden público y las normas internacionalmente imperativas del derecho argentino se aplican a la relación jurídica, cualquiera sea la ley que rija el contrato; también se imponen al contrato, en principio, las normas internacionalmente imperativas de aquellos

⁴³ ARGENTINA. Lei n. 26.994, publicada no Boletín Oficial N° 32.985, de 08 de outubro de 2014. Disponível em: <<http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>>. Acesso em: 17/10/2015.

Estados que presenten vínculos económicos preponderantes con el caso;

f) los contratos hechos en la República para violar normas internacionalmente imperativas de una nación extranjera de necesaria aplicación al caso no tienen efecto alguno;

g) la elección de un determinado foro nacional no supone la elección del derecho interno aplicable en ese país.

Este artículo no se aplica a los contratos de consumo.⁴⁴

Observa-se que a autonomia da vontade está limitada à normas imperativas internas e internacionais e à ordem pública. Quanto ao restante, as partes são livres para escolher o direito aplicável, inclusive de eleger normas, princípios e costumes comerciais, abrindo a possibilidade para a escolha da *lex mercatoria*.

A autonomia da vontade na escolha da lei aplicável, porém, não se aplica aos contratos de consumo. O que pode se considerar razoável, visto ao desequilíbrio que em geral ocorre nessa relação.

Entretanto, se faz necessário que as partes expressamente indiquem a lei aplicável ao contrato em questão. Caso haja falha nessa escolha, o contrato estará submetido às mesmas normas de elementos de conexão que eram aplicadas até então, quais sejam a *lex executionis* e subsidiariamente a *lex celebrationis*, conforme inteligência do artigo 2652:

ARTICULO 2652.- Determinación del derecho aplicable en defecto de elección por las partes. En defecto de elección por las partes del derecho aplicable, el contrato se rige por las leyes y usos del país del lugar de cumplimiento.

Si no está designado, o no resultare de la naturaleza de la relación, se entiende que lugar de cumplimiento es el del domicilio actual del deudor de la prestación más característica del contrato. En caso de no poder determinarse el lugar de cumplimiento, el contrato se rige por las leyes y usos del país del lugar de celebración.

⁴⁴ *Idem, ibidem.*

La perfección de los contratos entre ausentes se rige por la ley del lugar del cual parte la oferta aceptada.⁴⁵

Ainda, outra limitação imposta, a fim de evitar o abuso na escolha do direito aplicável pelas partes, conhecido como *fórum shopping*, o artigo 2653 permite ao juiz, como exceção, a aplicação do direito do estado que possui vínculo mais forte com o contrato.

ARTICULO 2653.- Cláusula de excepción. Excepcionalmente, a pedido de parte, y tomando en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato, el juez está facultado para disponer la aplicación del derecho del Estado con el cual la relación jurídica presente los vínculos más estrechos.

Esta disposición no es aplicable cuando las partes han elegido el derecho para el caso.⁴⁶

Como será visto a seguir, dos países do Mercosul, a Argentina é a que está mais à frente no caminho para a uniformização das leis aplicáveis, ao expressamente reconhecer a autonomia da vontade das partes e permitir o exercício de livre escolha das leis aplicáveis.

5.2 AUTONOMIA DA VONTADE NO URUGUAI

O exercício dos direitos civis no Uruguai é previsto no Código Civil de 1868 e na lei a ele incorporada, Ley n. 10.084/41, tendo como base de interpretação o disposto no Tratado de Montevideú 1889.

O tratamento da lei aplicável aos atos jurídicos é, via de regra, aquela do local de execução (*lex executionis*), conforme estabelecido no art. 2399, abaixo transcrito:

⁴⁵ *Idem, ibidem.*

⁴⁶ *Idem, ibidem.*

ARTICULO 2399. Los actos jurídicos se rigen, en cuanto a su existencia, naturaleza, validez y efectos, por la ley del lugar de su cumplimiento, de conformidad, por otra parte, con las reglas de interpretación contenidas en los artículos 34 a 38 inclusive del Tratado de Derecho Civil de 1889.⁴⁷

Com relação ao foro competente para resolver os conflitos oriundos dos contratos internacionais, é determinado pelo artigo 2401:

ARTICULO 2401. Son competentes para conocer en los juicios a que dan lugar las relaciones jurídicas internacionales, los jueces del Estado a cuya ley corresponde el conocimiento de tales relaciones. Tratándose de acciones personales patrimoniales, éstas también pueden ser ejercidas, a opción del demandante, ante los jueces del país del domicilio del demandado.⁴⁸

Dessa maneira, temos que o contrato internacional se sujeita tanto à lei como ao juízo do local de execução da obrigação. Assim também caminha a doutrina mais solidificada, conforme depreende Souza Júnior em análise de Didier Opperti Badán:

Segundo a doutrina mais abalizada, a solução de conflitos em matéria contratual sempre deve ter em vista a aplicação de um direito de fonte estatal. Ademais, há forte reticência na aceitação da autonomia da vontade das partes na eleição da lei aplicável.⁴⁹

Além disso, a legislação uruguaia proíbe, de maneira clara e expressa, a autonomia da vontade das partes em estabelecer o direito ou o foro aplicável a sua relação, conforme artigo 2403:

⁴⁷ URUGUAY. Ley nº 10.084, de 3 dezembro de 1941. Disponível em: <<http://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=10084&Anchor=>>>. Acesso em: 18/10/2015.

⁴⁸ *Idem, ibidem.*

⁴⁹ SOUZA JÚNIOR, Lauro da Gama e., op. cit., p. 438.

ARTICULO 2403. Las reglas de competencia legislativa y judicial determinadas en este Título no pueden ser modificadas por la voluntad de las partes. Esta sólo podrá actuar dentro del margen que le confiera la ley competente.⁵⁰

Nesse sentido, sobra pouca margem de liberdade para as partes no direito uruguaio, sendo que os julgados majoritariamente se respaldam na legislação veementemente contrária à autonomia da vontade. Novamente, Souza Júnior, em síntese de Didier, afirma que:

Disso resulta que, na prática, a jurisprudência uruguaia também se posiciona no sentido de proibir que as partes escolham o direito aplicável ao contrato internacional.⁵¹

Entretanto, tendo em vista a tendência mundial na aceitação da autonomia da vontade, começam a surgir cada vez mais na doutrina uruguaia posições mais autonomistas que contornam o referido código civil, tendo como seu fundamento as convenções e tratados internacionais dos quais o Uruguai faz parte, tais como o Protocolo de Buenos Aires Sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual, a Convenção de Viena de 1980, sobre Compra e Venda de Mercadorias, e a Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais de 1994. A argumentação é no sentido de que as disposições do código civil não se aplicariam para os contratos comerciais.

5.3 AUTONOMIA DA VONTADE NO PARAGUAI

O direito paraguaio sofre forte influência do direito argentino. Até 1986, o código civil adotado era o mesmo utilizado na Argentina. Seguindo os mesmos caminhos de seu vizinho, a doutrina paraguaia começa a aceitar a autonomia da vontade em seu ordenamento jurídico.

⁵⁰ URUGUAY. op. cit.

⁵¹ SOUZA JÚNIOR, Lauro da Gama e. op. cit., p. 438.

O Código Civil de 1986, vigente atualmente, traz breves dispositivos a respeito da lei aplicável. Entretanto é duramente criticado pela doutrina por haver diversos dispositivos inconsistentes e conflitantes entre si, que hora reputam à *lex executionis* e outras vezes permite-se a aplicação da *lex celebrationis*, como o artigo 17, por exemplo, que estipula que os direitos de crédito reputam-se situados no lugar em que a obrigação deve ser cumprida.⁵²

Como regra geral, o artigo 297 do código estabelece que todos os contratos executados em território paraguaio, mesmo que celebrados em outro lugar, serão regidos pela lei do Paraguai:

Art.297.- Sin perjuicio de lo dispuesto en este Código sobre la capacidad o incapacidad de las personas, y sobre la forma de los actos, éstos serán exclusivamente regidos, sea cual fuere el lugar de su celebración, en cuanto a su formación, prueba, validez y efectos, por las leyes de la República, cuando hubieren de ser ejecutados en su territorio, o se ejercieren en él acciones por falta de su cumplimiento.⁵³

Assim, a princípio, pode-se dizer que o ordenamento jurídico paraguaio recepciona primariamente a *lex executionis*. Entretanto, ainda há margem para a autonomia da vontade, como sustentam os juristas uruguaios Hargain e Mihali⁵⁴, quando o art. 297 é interpretado em conjunto com o dispositivo do artigo 669, que diz:

Art.669.- Los interesados pueden reglar libremente sus derechos mediante contratos observando las normas imperativas de la ley, y en particular, las contenidas en este título y en el relativo a los actos jurídicos.⁵⁵

⁵² Ver SOUZA JÚNIOR, Lauro da Gama. op. cit. P. 439.

⁵³ PARAGUAY. Ley nº 1.183, de 18 de diciembre 1985. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_Paraguay.pdf>. Acesso em: 25/10/2015.

⁵⁴ RODRÍGUEZ, José Antonio Moreno. *Autonomía de la voluntad em el derecho internacional privado paraguayo*. p. 437. Disponível em: <<http://www.asadip.org/v2/wp-content/uploads/2013/12/JOSE-MORENO-Autonomia-de-la-voluntad-en-el-derecho-internacional-privado-paraguayo.pdf>>. Acesso em 25/10/2015.

⁵⁵ PARAGUAY. op. cit.

Portanto, mesmo que indiretamente há permissivo na legislação paraguaia voltada à liberdade das partes contratantes que podem regar livremente os seus direitos, desde que respeitem às leis imperativas do estado.

Neste sentido, há também doutrinadores que sustentam que o princípio da autonomia da vontade é admitido pelo artigo 715 do código:

Art.715.- Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma, y deben ser cumplidas de buena fe. Ellas obligan a lo que esté expresado, y a todas las consecuencias virtualmente comprendidas.⁵⁶

Percebe-se que referida norma admite que as partes criem no contrato uma regra com a mesma força da lei a qual se submetem. Para o jurista Silva Alonso:

“Si las partes pueden optar por el lugar de celebración de los contratos y de su cumplimiento, ¿por qué habría de pensarse que la ley paraguaya pondría obstáculos a la elección de una legislación extranjera para regir un contrato a cumplirse en el Paraguay si esa legislación nada tiene que afecte ni el orden público ni las buenas costumbres en nuestro país?”⁵⁷

Da mesma maneira José Antonio Moreno Rodríguez defende a aceitação do princípio no ordenamento paraguaio:

Por mi parte, me he expedido en diversas ocasiones de manera favorable a la admisión del principio, en general, en el Paraguay, agregando aquí a los argumentos de quienes así lo consideran, otros expuestos a continuación.⁵⁸

Por conseguinte, verifica-se que a autonomia da vontade no ordenamento jurídico do Paraguai, apesar de muitos virem em sua defesa, ainda não é pacificamente aceita, restando a submissão do contrato à cláusula arbitral

⁵⁶ PARAGUAY. op. cit.

⁵⁷ ALONSO, SILVA. Derecho Internacional Privado, Parte Especial, Asunción, Intercontinental Editora, 1995, p. 9. In: RODRÍGUEZ, José Antonio Moreno. op. cit. p. 435.

⁵⁸ RODRÍGUEZ, José Antonio Moreno. op. cit. p. 437.

como mais flexível para determinação de regras pelas partes nos contratos internacionais.

5.4 AUTONOMIA DA VONTADE NA VENEZUELA

Importante também avaliar o tratamento dado a autonomia da vontade na Venezuela, considerando que é o mais novo membro a ingressar no Mercosul e que em muito pode contribuir acerca do tema, pois, como será visto a seguir, é o país membro que mais possui experiência na positivação e aceitação do princípio da autonomia da vontade.

A começar pela redação do artigo 1159 do Código Civil da Venezuela:

Artículo 1.159.- Los contratos tienen fuerza de Ley entre las partes. No pueden revocarse sino por mutuo consentimiento o por las causas autorizadas por la Ley.⁵⁹

Pode se observar uma disposição muito similar ao dispositivo paraguaio, quando se atribui força de lei entre as partes contratantes.

Outra previsão legal que recebe expressamente a autonomia da vontade e permite a faculdade das partes em escolher o direito aplicável que melhor se adequa à relação estabelecida é o art. 116 estabelecido no Código Comercio:

Artículo 116° Todos los actos concernientes a la ejecución de los contratos mercantiles celebrados en país extranjero y cumplidos en Venezuela, serán regidos por la ley venezolana, a menos que las partes hubieren acordado otra cosa.⁶⁰

O Código Comercial venezuelano está vigente desde de 1955, e a redação dada pelo artigo 116 é bem clara na permissão da escolha da lei aplicável

⁵⁹ VENEZUELA. *Código Civil de Venezuela* de 26 de julho de 1982. Disponível em: <<http://photos.state.gov/libraries/venezuela/325692/fleitasmd/Codigo%20Civil%20Venezolano.pdf>>. Acesso em: 30/10/2015.

⁶⁰ VENEZUELA. *Código de Comercio* de 21 de dezembro de 1955. Disponível em: <<http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ve/ve029es.pdf>>. Acesso em: 30/10/2015

pelas partes, ao utilizar a expressão “a menos que as partes houverem acordado outra coisa”.

Supletivamente, é a lei venezuelana que deverá regular os contratos executados na Venezuela, mesmo quando celebrados no exterior. Verifica-se a disposição da *lex executionis* como mandamento subsidiário na ausência da escolha das partes.

A aceitação da autonomia da vontade também é pacífica e amplamente aceita na doutrina venezuelana, conforme se pode depreender da decisão em julgamento da mais alta corte da Venezuela, El Tribunal Supremo de Justicia, a qual claramente reforça a força de lei que vincula as partes no contrato:

Por otra parte nuestra doctrina ha señalado: “El principio de intangibilidad del contrato significa que las partes no pueden sustraerse a su deber de observar el contrato tal como el fue contraído, en su conjunto y en cada una de sus cláusulas. Aunado a este principio tenemos EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES, el cual deriva de la innata libertad del ser humano, la vigencia de este principio significa reconocer la autarquía del individuo en la configuración creadora de las relaciones jurídicas, es la voluntad de las partes la que crea el contrato por éstas suscrito, los efectos que esta produce y la que determina el contenido establecido en el mismo”⁶¹

Neste mesmo sentido, assinala a doutrina dada pelo jurista Jose Melich-Orini:

Por autonomía de la voluntad se entiende, pues, el poder que el artículo 1159 del Código Civil reconoce a las voluntades particulares de reglamentar por si mismas el contenido y modalidades de las obligaciones que se imponen. En otros términos: Las partes contratantes determinan libremente y sin intervención de la Ley, pero con una eficacia que el propio legislador compara con la de la Ley, los contratos que ellas celebran, y lo hacen según sus intereses particulares, sin tener que sujetarse a las reglas del Código Civil, ni en cuanto a los tipos de contratos que prevé el Código Civil, ni en cuanto a las normas específicas que éste trae para cada contrato particular.

⁶¹ VENEZUELA, El Tribunal Supremo de Justicia. Disponível em: <<http://tachira.tsj.gob.ve/decisiones/2010/marzo/1352-24-4721-.html>>. Acesso em: 30/10/2015.

En materia contractual debe tenerse, pues, como un principio, que la mayor parte de las disposiciones legales son supletorias de la voluntad de las partes, esto es, dirigidas tan solo a suplir el silencio o la insuficiencia de previsión de las partes.⁶²

Portanto, verifica-se que a autonomia da vontade na Venezuela está expressa na lei, pacífica na doutrina e consolidada na jurisprudência, sendo amplamente aceita.

É claro que há também limites na aplicação deste princípio, sendo os mesmos impostos na maioria das legislações acerca do tema, quais sejam, a observância à ordem pública e às leis de caráter imperativos.

5.5 AUTONOMIA DA VONTADE NO BRASIL

No Brasil, a autonomia da vontade já passou por momentos em fora considerada aceita, com algumas ressalvas, principalmente como era disposto no Código Civil de 1916:

Art. 13. Regulará, salvo estipulação em contrário, quanto á substância e aos efeitos das obrigações, a lei do lugar, onde forem 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.⁶³

⁶² MELICH-ORSINI, Jose. In: VENEZUELA, El Tribunal Supremo de Justicia. op. cit.

⁶³ BRASIL. Lei 3.071 de 1º de Janeiro de 1916. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 16/11/2015.

A expressão “salvo estipulação em contrário” era considerada como a abertura para que as partes pudessem de fato estipular qual norma seria aplicada na relação contratual.

Entretanto, com a Lei de Introdução ao Código Civil de 1942, posteriormente renomeada como Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, houve uma supressão dessa expressão no texto legal, que passou a vigorar da seguinte maneira:

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

§ 1º Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato.

§ 2º A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.⁶⁴

A mudança no texto gerou grandes discussões na doutrina que passou a entender que não mais seria aceita a autonomia da vontade das partes para a escolha da lei aplicável.

Acerca dessa discussão, Nádía de Araújo traz a posição de grandes doutrinadores, como foi a de Haroldo Valladão:

(...) Fez um minucioso levantamento da doutrina e legislação existente a respeito, afirmando ter sido o princípio uma constante no Direito brasileiro, apesar da fala de menção expressa na LICC, concluindo, afinal, que permanecia na nova Lei de Introdução, pois não poderia simplesmente desaparecer por não ter sido referido expressamente. E adicionava em suas razões que o princípio da autonomia continuara no § 2º, do artigo 9º, da Lei de Introdução de 1942, no emprego ali do verbo “*reputa-se*”, sinônimo de “*presume-se*”, expressões que sempre diziam respeito ao princípio da

⁶⁴ BRASIL. Decreto Lei 4.67 de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em 16/11/2015.

autonomia da vontade, pois significava a tradicional ressalva, “salvo estipulação em contrário”.⁶⁵

Já, segundo Araújo⁶⁶, na visão de Oscar Tenório que concordava com liberdade das partes no antigo código inclusive sustentando a opinião do autor do projeto, Clóvis Bevilacqua. Entretanto, considerou que a nova lei não mais permitia a interpretação pela existência da autonomia da vontade.

Sobre o assunto Almícar de Castro tratou do tema, classificando quanto à três espécies as disposições normativas:

Para abordar o famoso sistema da autonomia da vontade, será conveniente esta advertência preliminar: é preciso não perder de vista que, a respeito de contratos, funcionam disposições de três espécies, imperativas, facultativas e supletivas. Imperativas, continentes de critérios que necessariamente serão 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 impõe determinado critério para o caso de ser deficiente, nula, ou inexistente, a manifestação da vontade das partes, permitida pela disposição facultativa (...).⁶⁷

Havendo, portanto, disposições de caráter supletivo, facultativo e imperativo, não há para o autor, uma plena autonomia da vontade que se sobrepõe à lei, mas apenas uma escolha que venha a complementá-la se assim a lei permitir.

Nesse sentido, conclui que:

O certo é dizer que, em matéria de obrigações a vontade das partes tem a liberdade de pássaro na gaiola: pode mover-se em certos limites, mas em qualquer direção encontra barreira intransponível.

Em direito não existe a suposta autonomia da vontade, pois o que há sempre é liberdade concebida pelo direito, e por este limitada. Quando a ordem jurídica deixa à iniciativa das partes o ajuste de seus interesses, na feliz

⁶⁵ VALLADÃO, Haroldo. Apud ARAÚJO, Nádia de. op. cit. p. 94.

⁶⁶ *Idem. Ibidem.* p. 95.

⁶⁷ CASTRO, Almícar de. *Direito Internacional Privado*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 365, 366.

expressão de Caleb, 'dá uma autorização em branco à vontade individual, dentro dos limites de disposições imperativas'.⁶⁸

João Grandino Rodas traz a posição de Serpa Lopes, entendimento similar ao de Almícar de Castro:

Para Serpa Lopes, albergando o art. 13 da Introdução a expressão "salvo estipulação em contrário", consagrou a teoria da autonomia da vontade. Tal autonomia, entretanto, não era absoluta, exercendo-se unicamente no terreno supletório e não no imperativo.

Com relação ao vigente art. 9º da Lei de Introdução, após estremar os conceitos de ordem pública e da autonomia da vontade, pergunta-se primeiramente se a lei em vigor admite a autonomia da vontade, quando for permitida pela lei do lugar da constituição da obrigação. E, em segundo lugar, se há tal permissão, quando o conflito for regido pela própria lei brasileira. Conclui por aceitar, com base na lógica e na boa doutrina, a autonomia da vontade, quando não estiver em jogo uma lei imperativa. Sendo tal critério também válido quando for brasileira a própria lei do contrato.⁶⁹

Em meio à divergência das opiniões doutrinárias acerca da aceitação ampla ou estrita da autonomia da vontade, Rodas conclui que:

Desta maneira, poder-se-iam, a final, exorcizar o primitivismo e a inadequação de nossas regras de Direito Internacional Privado – e por via de consequência de suas regras obrigacionais -, que são incompatíveis com o fato de o Brasil ser o *condottiere* do processo integrativo regional, buscar papel destacado no processo de integração hemisférico e estar entre as dez maiores economias do globo. Lembre-se, finalmente, que o contratante estrangeiro, ao sopesar o "custo Brasil", leva em conta, também, a certeza jurídica propiciada ou não pelas regras jurídicas internas relativas à contratação internacional. Sendo tais regras obsoletas ou não possibilitando a necessária certeza, a curva estatística representativa dos contratos internacionais, entre os quais figuram os de exportação, tenderá a declinar.

Diante da reflexão de grandes doutrinadores do Direito Internacional Privado acerca da autonomia da vontade no Brasil, pode-se concluir que esta ainda

⁶⁸ *Idem. Ibidem.* p. 372.

⁶⁹ RODAS. João Grandino. op. cit. p. 51.

carece de fundamentação clara da legislação atual. Apesar disso, nenhum dos projetos de lei proposto para alterar e pacificar tais discussões foi aprovado. Resta somente em nossa legislação, a certeza da autonomia da vontade na escolha do direito aplicável, quanto esta remeter à aplicação da Lei 9.307/96 que expressamente recepciona o princípio.

Por conseguinte, somente há a certeza da lei aplicável, quanto a predominância no direito brasileiro da *lex celebrationis* que reputa ao lugar de constituição do contrato como sendo o do direito aplicável, salvo algumas exceções que dão valor ao *lex executionis* para as obrigações relativas a imóveis ou executadas no Brasil.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a análise da origem histórica e surgimento do princípio da autonomia da vontade, os elementos constitutivos e essenciais aos contratos internacionais, as convenções que regem e oferecem solução à controvérsia doutrinária existente entre países pertencentes do mesmo bloco e, finalmente no tratamento especificamente dado por cada país quanto ao direito aplicável em seu território, pode-se concluir o breve estudo a qual este trabalho se propôs.

Em primeiro lugar, verifica-se que o instituto foi bem desenvolvido na união europeia e que permitiu que as legislações de seus países membros se convergissem a ponto de elevar o estágio de desenvolvimento deste bloco econômico.

Em segundo lugar, a análise das convenções internacionais trazidas, em que houve participação e relevância significativa dos países da América Latina, se pode concluir que o assunto vem sendo tratado há muito tempo e que apesar de demorado, progresso vem sendo feito nas legislações de alguns países membros do Mercosul.

Neste sentido, pela verificação das leis vigentes nos países integrantes do Mercosul, nota-se que a posição da Argentina, quanto a aceitação da autonomia da vontade, tornou-se clara e moderna, notadamente pelo mérito da adoção de um novo código civil e comercial que revogou o antigo, vigente a mais de 100 anos, adequando-se à nova realidade mundial e a tendência de uniformização legislativa do bloco regional.

Da mesma maneira, pode se esperar o mesmo posicionamento do Paraguai, tendo sua legislação e doutrina sempre muito influenciadas pelo seu vizinho argentino. Atualmente sua posição permite com alguma ressalva, a adoção da escolha do direito aplicável pelas partes, principalmente no caráter prático e doutrinário.

Entretanto, o Uruguai ainda representa forte restrição na aceitação do princípio da autonomia da vontade. Fato que pode vir a mudar ante ao posicionamento dos outros países do bloco.

Em compensação, é importante ressaltar a contribuição que a Venezuela pode trazer como mais novo membro do Mercosul, visto que há muito tempo se

posiciona no sentido de permitir que as partes escolham o direito aplicável ao seus contratos internacionais.

O Brasil, por sua vez, não dá indicativos claros quanto a aceitação da escolha do direito aplicável nos contratos submetidos ao foro estatal. Entretanto, a situação é completamente diferente e passível de ser contornada quando o contrato internacional é submetida ao foro arbitral, que permite expressamente a autonomia da vontade das partes na escolha do direito aplicável. Mesmo assim, ainda se espera uma solução mais clara e pacífica do legislador, que continua atrasado na proposição de uma lei regulamentadora para o DIPri nacional.

Por fim, resta concluir que falta pouco para uma posição unânime no Mercosul em que se permita às partes a escolha da lei que melhor se adequa a sua relação contratual.

Isto porém, logo será resolvido ante a necessidade crescente de uniformização das normas de cada país do bloco, para que dessa maneira adotem um posicionamento forte e com a segurança jurídica necessária para o crescimento e fortalecimento do Mercosul num mundo que se mostra cada vez mais integrado e globalizado.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Antônio Carlos Rodrigues do (Coord.). *Direito do Comércio Internacional: Aspectos Fundamentais*. São Paulo: Aduaneiras, 2004.

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

ARAÚJO, Nádía de. *Contratos Internacionais: novas tendências: Mercosul e Convenções Internacionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

CASTRO, Almícar de. *Direito Internacional Privado*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LEE, João Bosco. *Arbitragem Comercial Internacional nos Países do Mercosul*. v. 4. Curitiba: Juruá, 2002.

RODAS, João Grandino (Coord). *Contratos Internacionais*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais 2002.

STRENGER, Irineu. *Direito Internacional Privado*. 2 ed. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

STRENGER, Irineu. *Contratos Internacionais do Comércio*. 3 ed. São Paulo: LTr, 1998.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *A Monografia Jurídica*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GRANDE ENCICLOPÉDIA BARSA. 3ª ed. São Paulo: Barsa Planeta Internacional Ltda., 2004.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 22/08/2015.

BRASIL. Decreto Lei 4.657 de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De14657compilado.htm>. Acesso em: 29/08/2015.

ARGENTINA. Lei n. 26.994, publicada no Boletín Oficial Nº 32.985, de 08 de outubro de 2014. Disponível em: <<http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>>. Acesso em: 17/10/2015.

URUGUAY. Ley nº 10.084, de 3 dezembro de 1941. Disponível em: <<http://www.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=10084&Anchor=>>>. Acesso em: 18/10/2015.

PARAGUAY. Ley nº 1.183, de 18 de diciembre 1985. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_Paraguay.pdf>. Acesso em: 25/10/2015.

RODRÍGUEZ, José Antonio Moreno. *Autonomía de la voluntad em el derecho internacional privado paraguayo*. Disponível em: <<http://www.asadip.org/v2/wp-content/uploads/2013/12/JOSE-MORENO-Autonomia-de-la-voluntad-en-el-derecho-internacional-privado-paraguayo.pdf>>. Acesso em 25/10/2015.

VENEZUELA. Código Civil de Venezuela de 26 de julho de 1982. Disponível em: <<http://photos.state.gov/libraries/venezuela/325692/fleitasmd/Codigo%20Civil%20Venezolano.pdf>>. Acesso em: 30/10/2015.

VENEZUELA. Código de Comércio de 21 de dezembro de 1955. Disponível em: <<http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ve/ve029es.pdf>>. Acesso em: 30/10/2015

VENEZUELA, El Tribunal Supremo de Justicia. Disponível em: <<http://tachira.tsj.gob.ve/decisiones/2010/marzo/1352-24-4721-.html>>. Acesso em: 30/10/2015.

BRASIL. Lei 3.071 de 1º de Janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 16/11/2015.