

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
FACULDADE DE DIREITO

AUTONOMIA DA VONTADE NOS CONTRATOS INTERNACIONAIS

FÁBIO TEIXEIRA DUARTE

RIO DE JANEIRO

2008

FÁBIO TEIXEIRA DUARTE

DRE: 098238532

AUTONOMIA DA VONTADE NOS CONTRATOS INTERNACIONAIS

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Marcos Vinicius Torres

RIO DE JANEIRO

2008

Duarte, Fábio Teixeira

Autonomia da vontade nos contratos internacionais / Fábio Teixeira Duarte. – 2008.

56 f.

Orientador: Marcos Vinicius Torres.

Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 55-56.

1. Autonomia da vontade. 2. Direito Internacional Privado

CDD342.7

**FÁBIO TEIXEIRA DUARTE**

**TÍTULO DO TRABALHO: Autonomia da vontade nos contratos internacionais**

**Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.**

**Data de aprovação: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_**

Banca Examinadora:

---

Nome completo do 1º Examinador – Presidente da Banca Examinadora  
Prof. – Orientador Marcos Vinícius Torres

---

Nome completo do 2º Examinador  
Prof. Luiz Alberto de Souza e Silva

---

Nome completo do 3º Examinador  
Prof.(a)

## RESUMO

DUARTE, F. T. *A AUTONOMIA DA VONTADE NOS CONTRATOS INTERNACIONAIS*. 2008. 61 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

A presente dissertação trata da autonomia da vontade e sua relação com os contratos internacionais. Tem-se como objetivo analisar a aplicação do princípio da autonomia da vontade e a limitação que sofre o mesmo nos contratos internacionais. Para tal tarefa, utilizam-se as legislações nacionais e internacionais, jurisprudências e doutrina pátria e estrangeira. O método utilizado é o dedutivo. Como resultado da presente pesquisa, chega-se à conclusão de que no ordenamento jurídico brasileiro a autonomia da vontade sofre forte limitação quanto aos contratos internacionais, seja por força da legislação específica de direito autoral e dos tratados internacionais; como também pelo direito moral do autor ser considerado um dos direitos da personalidade, se enquadrando no conceito de ordem pública que limita a aplicação de leis estrangeiras em território nacional.

Palavras-Chave: Autonomia da vontade; Contratos Internacionais.

## ABSTRACT

DUARTE, F. T. *AAUTONOMIA DA VONTADE NOS CONTRATOS INTERNACIONAIS*. 2008. 61 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

The present work analyses the party autonomy and connection with international contracts. Its main objective is to find out if the resort of party autonomy and limits that the party autonomy suffer at international contracts. The research sources used are national and international laws pertinent to the subject, case law and Brazilian and foreign doctrine. The method used is deductive. The dissertation concludes that the party autonomy in Brazilian law suffer limitations to in international contracts, either because of the specific national copyright law and international treaties; or because the moral right of the author is considered a personality right, framed within the concept of public order that limits the application of foreign law in the national territory.

Key Words: Party autonomy; international contracts.

## SUMÁRIO

<b>1. OS CONTRATOS INTERNACIONAIS E A AUTONOMIA DA VONTADE</b> .....	7
1.1 Aspectos Teóricos dos Contratos Internacionais .....	7
1.1.1 <u>Conceito de contrato internacional</u> .....	7
1.1.2 <u>Análise da capacidade das partes</u> .....	10
<b>1.2 As cláusulas típicas dos contratos internacionais</b> .....	13
1.2.1 <u>A Cláusula de Eleição de Foro</u> .....	13
1.2.2 <u>Cláusulas Arbitrais</u> .....	15
<b>1.3 Condição de validade dos contratos internacionais</b> .....	15
<b>1.4 A aplicação da autonomia da vontade nos contratos internacionais</b> .....	17
1.4.1 <u>Conceito de autonomia da vontade</u> .....	17
<b>2. AUTONOMIA DA VONTADE NO DIREITO BRASILEIRO</b> .....	22
<b>2.2 Lei de Introdução ao Código Civil de 1917</b> .....	22
<b>2.3 Lei de Introdução ao Código Civil de 1942</b> .....	22
<b>2.4 Regulamentação pela Lei de Arbitragem</b> .....	29
<b>3. CONVENÇÕES INTERNACIONAIS</b> .....	32
<b>3.1 Convenções internacionais ratificadas pelo Brasil</b> .....	32
3.1.1 <u>Código Bustamante (Havana – 1928)</u> .....	32
3.1.2 <u>Estatuto da Conferência de Haia de Dir. Internacional Privado (Haia, 1951)</u> .	34
3.1.3 <u>Convenção Interamericana sobre Normas Gerais de Direito Internacional Privado (Montevidéu, 1979)</u> .....	34
<b>3.2 Convenções internacionais não ratificadas pelo Brasil</b> .....	37
3.2.1 <u>Conferência de Haia de Direito Internacional Privado – 1955</u> .....	37
3.2.2 <u>Tratado de Lima – 1878</u> .....	38
3.2.3 <u>Convenção sobre contratos para a venda internacional de bens, de 1980 – UNCITRAL</u> .....	38
3.2.4 <u>Convenção de Roma sobre a Lei aplicável às Obrigações Contratuais – União Européia</u> .....	39
3.2.5 <u>Conferência de Haia de Direito Internacional Privado – 1986</u> .....	41
3.2.6 <u>Tratados de Montevidéu – 1889/1890 e 1939/1940</u> .....	41
3.2.7 <u>Convenção Interamericana sobre o Direito Aplicável aos Contratos Internacionais – CIDIP V</u> .....	42

<b>3.3 Princípios Internacionais</b> .....	44
3.3.1 <u>Princípios sobre Contratos Comerciais Internacionais –UNIDROIT</u> .....	44
<b>4 LIMITAÇÕES À AUTONOMIA DA VONTADE NOS CONTRATOS INTERNACIONAIS</b> .....	46
4.1 Considerações aos limites da autonomia da vontade na contratação internacional .....	46
4.2 Ordem pública e normas imperativas .....	49
<b>CONCLUSÃO</b> .....	55
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	56



## INTRODUÇÃO

O advento da globalização teve como uma de suas conseqüências principais o aumento significativo do relacionamento entre pessoas de diferentes países. As relações entre pessoas físicas e jurídicas não mais ficam restritas aos limites geográficos de um único Estado, e do ponto de vista econômico, muitas vezes os limites fronteiriços são irrelevantes.

Defronte destas relações entre pessoas, frequentemente surgem problemas de conflitos entre ordenamentos jurídicos em situações em que existam enlaces entre mais de uma legislação.

Compreende à esfera do Direito Internacional Privado disciplinar as relações jurídicas internacionais, de modo a buscar soluções para as situações em que existe ligação entre mais de um ordenamento jurídico.

O Direito Internacional Privado figura como um “direito sobre o direito”, o qual através de regras sobre a aplicação de um determinado direito, regulamenta a vida social das pessoas implicadas na ordem internacional. Todo ordenamento jurídico de um Estado possui regras que regerão as demandas jurídicas as quais tenham ligação com dois ou mais ordenamentos jurídicos. As normas de direito internacional privado têm como escopo a dirimir os conflitos de leis no espaço oriundos de fatos juridicamente importantes, que tenham uma conexão entre diferentes Estados.

O conteúdo das leis aplicáveis às causas com ligação internacional poderá variar muito de um país para o outro, de modo que dependerá sempre do ordenamento jurídico de cada país. Deste modo, o fundamento do conflito de leis no espaço reside no fato de que existe sempre a possibilidade do direito aplicável não ser o mesmo nos diversos países, uma vez que, as normas de resolução de conflitos de leis no espaço, sempre indicadas pela lei do foro (*lex fori*), são as basilares da disciplina de Direito Internacional Privado.

Diante de tal possibilidade de divergência legal e doutrinária, o presente trabalho visa analisar os contratos internacionais e a incidência do princípio da autonomia da vontade nos mesmos. Para isso, a presente dissertação dividiu-se em quatro capítulos. No primeiro, tratar-se-á dos contratos internacionais, conceituando-os, destacando suas principais características. Este capítulo abordará também a condição de validade de tais contratos e o conceito de autonomia da vontade, de modo a introduzir o capítulo seguinte, aonde o princípio é o foco principal.

No segundo capítulo, analisar-se-á o princípio da autonomia da vontade quanto à sua regulamentação na legislação nacional.

No terceiro capítulo as principais convenções internacionais serão tema de análise. Serão enfocadas tanto as convenções ratificadas quanto as não-ratificadas pelo Brasil.

No quarto e último capítulo, tratar-se-á das limitações à autonomia da vontade, com base na legislação nacional e nos tratados internacionais ratificados pelo país.

Desse modo, a presente dissertação visa analisar questões sobre esse importante tema do Direito Internacional Privado que é a relação da autonomia da vontade com os contratos internacionais.

## 1. OS CONTRATOS INTERNACIONAIS E A AUTONOMIA DA VONTADE

### 1.1 Aspectos Teóricos dos Contratos Internacionais

#### 1.1.1 Conceito de contrato internacional

O contrato é o instrumento jurídico do Direito Civil para a constituição, transmissão e extinção de diversos direitos e obrigações na esfera das relações interpessoais, sejam elas relações civis, comerciais, obrigacionais ou econômicas. Clóvis Beviláqua, em definição respeitada pela doutrina nacional, conceitua contrato como “o acordo de vontades para o fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos.”<sup>1</sup> O contrato tem como seu elemento essencial a vontade. É através do acordo de vontades que os contratantes se obrigam criando normas a serem seguidas pelos mesmos no âmbito particular.

Segundo Suzan Lee Zaragoza de Rovira,

um contrato internacional também é um acordo de vontades, através do qual as partes contratantes visam alcançar um objetivo, porém difere fundamentalmente daquele, de direito interno, porque traz em seu bojo a potencialidade de ser enquadrado em mais de um sistema jurídico. [...] Portanto, o que diferencia um contrato internacional de um contrato de direito interno é que o primeiro traz, em si mesmo, um elemento de extraneidade que pode ligá-lo de forma efetiva ou potencial a dois ou mais sistemas jurídicos <sup>2</sup>.

Luiz Olavo Baptista possui posição semelhante e dita que é a presença do “(...) elemento de estraneidade que determina o caráter internacional do contrato”<sup>3</sup>, de modo que a internacionalidade de um contrato deve ser apurada mediante a análise do caso concreto. Ainda segundo Baptista

Esse exame determinará a intensidade ou importância relativa do elemento estrangeiro naquela relação jurídica, do ponto de vista econômico e jurídico, afastando o empirismo da verificação<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> ROVIRA, Suzan Lee Zaragoza de. Estudo comparativo sobre os contratos internacionais: aspectos doutrinários e práticos. In: RODAS, João Grandino (Coord.). Contratos internacionais. 2. ed. Rev.e ampl. Dão Paulo: RT, 1995. p. 52-53.

<sup>2</sup> Ibid. p. 52-53.

<sup>3</sup> BAPTISTA, Luis Olavo. *Dos contratos internacionais: uma visão teórica e prática*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 13.

<sup>4</sup> Ibid. p. 23.

Na verdade, uma relação jurídica pode estar em contato somente com um sistema jurídico ou com mais do que um. No primeiro caso, estaremos frente a um contrato nacional; no segundo, estaremos diante a um contrato internacional.

Assim, é possível dizer que a internacionalidade do contrato só poderá ser confirmada mediante uma situação de fato, na qual será possível mensurar a intensidade do elemento estrangeiro na relação jurídica. No âmbito internacional, vários são os elementos de conexão que podem aproximar os contratos internacionais a um sistema jurídico, como por exemplo, o domicílio ou a nacionalidade das partes contratantes, a capacidade destas, o lugar da celebração do contrato e o lugar do cumprimento das obrigações. Estes elementos podem, ainda, ser preestabelecidos pela vontade das partes, desde que tenham cautela na eleição da legislação aplicável no caso de haver um conflito, o que ocorre geralmente com a inserção de uma cláusula de arbitragem.<sup>5</sup>

Conclui Rovira, relatando que

[...] o contrato internacional, em suma, praticamente se confunde com o próprio comércio internacional. Em razão das diferenças de sistemas legislativos e das valorações diversas que estes emprestam aos vários elementos de conexão, é evidente a possibilidade de conflitos de leis e complexidade do problema que tanto tem preocupado a doutrina<sup>6</sup>.

Vale ressaltar que existem ainda certos elementos formais os quais influenciam decisivamente na determinação da identidade do contrato internacional, como a presença de cláusulas típicas, redação, estilo, e etc.

Os contratos internacionais são efeito de uma variedade de fatores oriundos da economia, da política, do comércio exterior e das ciências sociais, e, principalmente são resultados obtidos nas relações internacionais. Cada vez mais se distanciam das doutrinas nacionais, são as ferramentas das relações internacionais, principalmente do comércio internacional, envolvendo-se em um ambiente político e econômico, onde são influenciados pelas constantes mudanças geradoras de conflitos e incertezas.

De acordo com Strenger,

... não se pode deixar de admitir que o contrato, tido como acordo de duas ou mais vontades, deve produzir seus efeitos nos limites fixados pela lei. Contudo, não é menos verdade que os contratos

---

<sup>5</sup> ROVIRA, Suzan Lee Zaragoza de. Op. Cit. p. 53.

<sup>6</sup> Ibid. p. 53.

internacionais também apresentam imagem diversa, ao orientar o voluntarismo e o subjetivismo para outras fronteiras: de um lado os Estados multiplicaram suas leis imperativas para um dirigismo econômico e social, cuja ploriferação parece reduzir-se a simples adesão ao ato criador dos contratantes; de outro lado, a complexidade crescente das relações econômicas, o desenvolvimento de novas técnicas, o poder das empresas criaram uma cadeia de relações contratuais, que o Direito estatal não teve a possibilidade de prever e que, no espaço internacional, tornou-se impotente para dirigir<sup>7</sup>.

O contrato internacional é extraterritorial de modo que sofre influência de sistemas e direitos diferenciados, exigindo uso de ferramentas por vezes não utilizadas na esfera nacional. Além dos elementos concernentes ao direito interno, como aplicação de leis as quais restringem a autonomia da vontade em favor do interesse coletivo, envolvem interesses cuja complexidade pode ser medida por vários elementos complicadores, como a escolha da lei aplicável, a existência de sistemas jurídicos diferentes, bem como idioma e costumes diversos.

Pode-se dizer que uma diferença fundamental entre um contrato de direito interno e um internacional, é que no segundo, as cláusulas referentes à capacidade das partes, ao objeto e à conclusão relacionam-se com mais de um sistema jurídico.

Diversos são os elementos que poderão vincular o contrato a Estados diferentes: a vontade das partes, o lugar de execução das obrigações, a nacionalidade, o lugar de conclusão, o domicílio ou a localização do estabelecimento das partes, a moeda utilizada, a procedência ou o destino dos bens ou direitos objeto do contrato.

Entretanto, as questões mais importantes a serem resolvidas no âmbito do contrato internacional são aquelas relativas à constituição, conteúdo e efeitos das obrigações, através da determinação das leis que regerão os mais diversos aspectos do contrato, mediante diferentes critérios ou elementos de conexão.

O direito das partes de escolher a lei aplicável, num contrato internacional, além de ser aceito quase que universalmente pelas legislações, é também reconhecido pelos tribunais arbitrais. A escolha de lei aplicável pelas partes, pode ser expressa ou implícita.

No primeiro caso (escolha expressa), não encontramos maiores dificuldades quanto à intenção das partes. Só encontramos, nessa hipótese, os obstáculos da

---

<sup>7</sup> STRENGER, Irineu. *Contratos internacionais do comércio*. 3.ed. São Paulo: LTR, 1998.

ordem pública, o controle da internacionalidade do contrato pelo juiz ou a ocorrência de fraude, enquanto elementos impeditivos da eficácia do contrato.

No segundo caso (escolha implícita), a solução dependerá do país em questão. Nos países onde a manifestação da vontade das partes é regra para a localização de uma convenção e esta for ausente, os tribunais procurarão deduzir de certos aspectos do contrato qual seria esta vontade. Para tanto, adotam uma série de critérios, mas todos contêm suas imperfeições.

### 1.1.2 Análise da capacidade das partes

A primeira observação a ser feita no tocante à formação do contrato internacional, é a relativa à capacidade das partes. Segundo João Grandino Rodas, a Capacidade tem relevância no direito Internacional Privado,

pois cabe a este dizer qual a lei que vai regê-la sendo que em certos ordenamentos jurídicos são indicados distintos elementos de conexão para a capacidade de direito e para a de fato<sup>8</sup>.

Três são os sistemas para a determinação da lei aplicável em matéria de capacidade na visão de João Grandino Rodas: a territorialidade (*lex fori*), a nacionalidade (*lex patriae*) e o domicílio (*lex domicilii*).

No primeiro sistema, a lei do Estado referentes capacidade se aplica a todas as pessoas que estejam no território de tal Estado, não importando se são nacionais ou estrangeiros, domiciliados ou de passagem.

Para Rodas:

Não obstante sua simplicidade, tal sistema foi intensamente criticado por contrariar interesses individuais e dificultar o comércio internacional. Muito embora haja autores que façam sua exegese, trata-se de um sistema antiquado, hodiernamente seguido por pouquíssimos países<sup>9</sup>.

Modernamente, os ordenamentos jurídicos se dividem entre os sistemas da nacionalidade e do domicílio<sup>10</sup>. O primeiro sistema delimita que a capacidade

---

<sup>8</sup> RODAS, João Grandino. Elementos de conexão do Direito Internacional Privado Brasileiro relativamente às obrigações contratuais. In: RODAS, João Grandino (Coord.). Contratos internacionais. 2. ed. Rev.e ampl. São Paulo: RT, 1995. p. 10.

<sup>9</sup> Ibid. p. 10.

<sup>10</sup> Ibid. p. 13.

determina-se pela nacionalidade e o segundo que a capacidade é determinada pelo ordenamento jurídico vigente no Estado em que a pessoa é domiciliada.

Para Rodas,

O fácil conhecimento, a certeza, a estabilidade e a menor suscetibilidade à fraudes, além da maior adaptação aos hábitos populares, são os aspectos positivos que se creditam ao sistema nacionalístico. Em caso de apatria ou polipatria, entretanto, há necessidade de se admitir, como elemento de conexão subsidiário, a lei do domicílio ou da residência.

Com relação ao sistema domiciliar, ressalta-se que, via de regra, a pessoa adquire os hábitos do local escolhido para o domicílio, que a lei do domicílio é mais facilmente conhecida pelos interessados e que a nacionalidade é tão mutável quanto o domicílio<sup>11</sup>.

O Direito Brasileiro segue o sistema domiciliar, de modo que o art. 7º da LICC dita que: "A lei do país em que for domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família." No entanto, é o exame da capacidade das pessoas jurídicas o que mais interessa nos contratos internacionais.

A capacidade das pessoas jurídicas deverá ser verificada em relação à legislação do país em que a mesma se constituiu, segundo o art. 9º, caput, combinado com o art. 11, ambos da LICC. Além da verificação da capacidade, feita com base na lei do local de constituição da sociedade contratante, temos ainda que o art. 7º da LICC impõe a verificação da capacidade da pessoa física com que se trata em nome da empresa.

No tocante ao contratante, pessoa jurídica desconhecido, outras cautelas deverão ainda ser observadas, em relação ao tratamento que a lei aplicável dispensa ao patrimônio social, à integralização e existência do capital, ao montante dos negócios que o órgão administrativo pode realizar e ao objeto social.

Todos estes aspectos serão ligados ao direito do local da constituição, segundo a lei brasileira, ou do local principal, ou sede efetiva dos negócios da pessoa jurídica, segundo outras regras conflituais.

A segunda observação importante quanto à formação do contrato internacional, é relativa à escolha da lei aplicável. Tendo em vista que a regra contida na lei brasileira é a "*lex loci contractus*" - a lei do local de constituição do contrato. Mas ocorre que a lei brasileira não é a que impera universalmente: entre

---

<sup>11</sup> RODAS, João Grandino. Op. Cit. p. 14.

nossos juristas, como exemplo temos Irineu Strenger, que é de opinião de que a soberania da autonomia da vontade na escolha da lei aplicável, sobrepõe-se mesmo à lei do local de constituição.

A lei do lugar da constituição da obrigação é, hoje, uma fórmula bastante criticada pelos estudiosos do Direito Internacional.

Procura-se, hoje, no mais das vezes, identificar as normas do direito com o qual o contrato mantenha os vínculos mais estreitos, para que as partes possam consagrá-lo. A liberdade de escolha da lei aplicável, faz parte de grande número de tratados que compõe o cenário das relações internacionais.

Vários países, no entanto, adotam a lei do local de execução - "*lex loci executionis*", norma esta que a lei brasileira segue nos termos do parágrafo 1 do artigo 9º da LICC. Adota-se, também, o local de execução para a determinação da competência, como ocorre na lei brasileira (art. 12 da LICC e art. 88, II, do Código de Processo Civil).

É preciso atentar também, para a questão da ordem pública, visto que a lei que, segundo o elemento de conexão deverá ser a aplicável, não poderá em hipótese alguma, ofender a ordem pública internacional, caso em que a lei estrangeira aplicável será afastada.

Faz-se necessário alguns comentários sobre a forma dos contratos internacionais, antes de passar ao exame das cláusulas mais importantes.

Com efeito, o contrato, qualquer que seja ele, não deixa de ser um ato jurídico, que deverá, assim, exteriorizar-se através de uma forma determinada, já que a forma, nada mais é do que o modo pelo qual a manifestação de vontade se exhibe nas relações sociais e se destina a garantir a legalidade do conteúdo. A lei aplicável é que deverá determinar se a falha formal acarretará ou não a nulidade do contrato.

O Direito Internacional possui uma variante da cláusula *rebus sic stantibus*, onde toda e qualquer relação contratual que gera obrigações, pode ser alterada e até extinta quando da arguição das cláusulas de revisão (*hard ship clause*), freqüentes nos contratos internacionais e em particular, nos de longa duração, que tem o propósito de prevenir os casos de adversidade, infortúnio, necessidade ou privação (de fatos ou circunstâncias) que as partes possam sofrer.



A mesma possui, em seu conteúdo dispositivo que aduz da possibilidade de resolução do contrato, por este proporcionar a uma das partes situação danosa e insustentável.

A doutrina internacional diverge quanto à necessidade de inclusão desta cláusula no instrumento contratual. Parte, entende que esta cláusula deveria estar contida no contrato de forma expressa, e outra entende, ainda, que apenas nas hipóteses descritas no instrumento contratual poderia esta ser argüida.

Uma terceira parte da doutrina acha desnecessária a colocação desta cláusula, pois se deve sempre contar com sua presença implicitamente em quaisquer acordos ou simples convergências de vontades.

Os contratos de adesão, freqüentemente utilizados no comércio internacional nos negócios bancários, de seguros e de importação e exportação, costumam ter formas padronizadas devido a sua "confeção" em série, por isso geralmente há previsão de cláusulas de exclusão (ou de limitação) de responsabilidades.

É prudente em quaisquer contratos nacionais ou internacionais, fazer a inclusão de fórmulas alternativas amigáveis para a solução de conflitos antes da submissão do litígio a julgamento por árbitros ou juizes, como por exemplo a arbitragem.

## **1.2 As cláusulas típicas dos contratos internacionais**

Além da presença do elemento de conexão, outros fatores identificam os contratos como sendo internacionais, dentre os quais a presença de determinadas cláusulas. São cláusulas relativas à escolha do foro, ao efeito do tempo sobre o contrato, ao risco e à moeda.

Vamos examinar aqui, num primeiro momento, as cláusulas de foro, passando em seguida ao exame das cláusulas arbitrais.

### **1.2.1 A Cláusula de Eleição de Foro**

Segundo o artigo 111 do Código de Processo Civil, as partes podem modificar a competência em razão do território, elegendo foro onde serão propostas as ações oriundas de direitos de obrigações. Desse modo, o Direito Brasileiro admite a cláusula de eleição de foro, mesmo que se trate de competência internacional, ou

seja, mesmo que se trate de estabelecer ou de afastar a competência da autoridade judiciária brasileira. Mas há limitações. Segundo José Inácio Gonzaga Franceschini:

O foro de eleição, seja expresso ou tácito, é admissível no Brasil, desde que inexista fraude à lei, violação aos princípios de ordem pública, desatenção aos limites da liberdade contratual em tema de Direito Processual Internacional ou ofensa os princípios fundamentais de Direito das Obrigações em matéria contratual<sup>12</sup>.

Ainda para Franceschini, a liberdade contratual das partes também tem limites em preceitos vedativos específicos e em dispositivos oriundos de convenções e códigos internacionais, tais como o Código Bustamante.<sup>13</sup>

É ineficaz cláusula de eleição de foro excludente de competência exclusiva da autoridade judiciária Brasileira. Nos termos do artigo 89 do Código de Processo Civil, compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra: conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil (nada importando que se trate de ação real ou pessoal); e proceder a inventário e partilha de bens situados no Brasil.

Portanto, a cláusula de eleição de foro internacional só determina ou afasta a competência da autoridade judiciária brasileira, nos casos de competência concorrente, apontados no artigo 88 do Código de Processo Civil, ou seja, quando:

I - o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil, reputando-se domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que aqui tiver agência, filial ou sucursal;

II - no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação;

III - a ação se originar de fato ocorrido ou de fato praticado no Brasil. Somente se verificada uma dessas hipóteses poderão as partes optar pela Justiça brasileira.

A nacionalidade somente será considerada como elemento indicativo da competência da justiça brasileira ou estrangeira quando ambas as partes contratantes forem de países ratificantes do Código de Bustamante, eis que a nacionalidade foi expressamente consagrada em seu o artigo 318, conforme afirma José Inácio Gonzaga Franceschini.

A nacionalidade, exceto quando envolvendo países ratificantes do código Bustamante (na forma de seu art. 318), é imprestável na

<sup>12</sup> FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. A lei e o foro de eleição em tema de contratos internacionais. In: RODAS, João Grandino (Coord.). Contratos internacionais. 2. ed. Rev.e ampl. Dão Paulo: RT, 1995. p. 141.

<sup>13</sup> Ibid. p. 140.

determinação da competência geral tanto brasileira como estrangeira<sup>14</sup>.

### 1.2.2 Cláusulas Arbitrais

As cláusulas arbitrais são aquelas que prevêm o recurso a um tribunal arbitral para a solução das possíveis futuras pendências que surjam durante a implementação das normas contratuais. Segundo Nádia de Araújo,

O instituto da arbitragem está muito ligado ao dos contratos internacionais e às questões relativas ao processo civil internacional, especialmente no que diz respeito à escolha da lei aplicável e do foro contratual, bem como à circulação internacional dos laudos arbitrais.

É mecanismo de solução de litígios utilizado frequentemente no comércio internacional, já que permite aplicação mais internacionalizada e flexível do direito, amoldando-se melhor que a solução judicial às necessidades dos atores envolvidos nesse complexo ramo de atividade<sup>15</sup>.

A análise da sua aplicação da arbitragem no Direito Pátrio e da sua relação com a autonomia da vontade será realizada no próximo capítulo, quando trataremos da incidência da autonomia da vontade no Direito Brasileiro.

## 1.3 **Condição de validade dos contratos internacionais**

Os sistemas jurídicos locais impõem aos contratos internacionais alguns requisitos para que estes possam ter validade em seu território. Também a ordem jurídica internacional não deixa de impor algumas condições de validade para a perfeita formação de um contrato internacional.

O princípio básico de um contrato é o mútuo consentimento em relação a um objetivo mútuo.

Para ter validade este contrato deve conter estipulações lícitas, além das estipulações correspondentes ao seu objeto. É essencial que em seu conteúdo

---

<sup>14</sup> FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. Op Cit. p. 142.

<sup>15</sup> ARAÚJO, Nádia de. *Contratos Internacionais*. 3ª Ed. 2. Rev.e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 302.

constem: a) as partes devidamente qualificadas; b) o objeto, de maneira explícita e pormenorizada; c) as diferentes estipulações avençadas; e, d) sanções expressas<sup>16</sup>.

Há que existir o consentimento das partes, capaz de assegurar a formalização da concorrência com o convencionado pelo contrato. Este consentimento de vontade tem de ser real, efetivo, consciente e livre<sup>17</sup>.

Até porque, a falta de qualquer um dos requisitos legais, pode acarretar a nulidade do contrato, de ofício (no caso das nulidades absolutas) e via requerimento de uma das partes (no caso de nulidades relativas).

A prática do comércio internacional demonstra que a vontade entre as partes pode ser manifestada de várias maneiras. Qualquer uma delas que demonstre a concordância com o que fora convencionado entre as partes. Estas manifestações de vontade podem ser: um aceite via telex, telegrama, correspondência eletrônica ou até mesmo telefone, sendo claro que são hipóteses viáveis, mas, muito claras e de difícil comprovação.

Os contratos com maior importância, com certeza, necessitam de um cuidado maior na comprovação da manifestação de vontade das partes em contratar.

Não se pode deixar de dar importância para o momento em que o contrato se formou, porque a partir dali, não se poderá mais se retratar unilateralmente. Também é em função da data que será apreciada a capacidade das partes. A partir do local, poderá ser delimitado o tribunal competente e o direito aplicável. Normalmente, para a jurisprudência são considerados competentes os locais onde a oferta é aceita<sup>18</sup>.

A capacidade das partes, conforme comentado anteriormente, é um requisito óbvio e necessário na esfera do Direito Internacional. Principalmente quando se tratam de empresas ou mandatários e a clara determinação dos poderes destes representantes. A melhor maneira é que esta capacidade seja devidamente comprovada através de documentos confiáveis e capazes de atingir o seu objetivo.

Os autores têm entendido que, nos contratos internacionais, a capacidade do mandatário que atue em nome mandante deve, na ausência da vontade contrária das partes, ser apreciada segundo a lei do lugar no qual o mandatário deve cumprir os atos jurídicos objetos deste mandato<sup>19</sup>.

---

<sup>16</sup> STRENGER, Irineu. Op. Cit. p. 133.

<sup>17</sup> Ibid. p. 133.

<sup>18</sup> Ibid. p. 134.

<sup>19</sup> STRENGER, Irineu. Op. Cit. p. 134.

O que interessa realmente é que o contrato deve atender todos os requisitos legais e a ordem pública dos países em que possa estar conectado, bem como, da ordem pública internacional.

## 1.4 A aplicação da autonomia da vontade nos contratos internacionais

### 1.4.1 Conceito de autonomia da vontade

Para responder à problemática proposta por esta dissertação é fundamental entender o princípio contratual da autonomia da vontade. O que se pretende é traçar alguns conceitos fundamentais acerca da autonomia da vontade e abordar o disposto na legislação brasileira quanto a este princípio.

Antes de tudo, é importante conceituar os termos dessa expressão.

Autonomia, segundo De Plácido e Silva, é uma

palavra derivada do grego *autonomia* (direito de se reger por suas próprias leis), que se aplica para indicar precisamente a faculdade que possui determinada pessoa ou instituição, em traçar as normas de sua conduta, sem que sinta imposições restritivas de ordem estranha. Neste sentido, seja em relação às pessoas, seja em relação às instituições, o vocábulo tem significado em todo idêntico ao que expressa *independência*<sup>20</sup>.

Já o conceito de vontade, para o autor, é derivado

do latim *voluntae* (consentimento, vontade, ato de querer), de *velle* (querer, consentir), genericamente exprime a *faculdade de querer, a manifestação exterior de um desejo, o propósito em fazer alguma coisa, a intenção de proceder* desta ou qualquer forma.

Juridicamente, a *vontade* revela a própria *intenção* ou o *desejo* de se fazer alguma coisa. Correspondente, pois, à *deliberação*, ou à *resolução*, intencionalmente tomada pela pessoa, a fim de que se tenha como consentido na prática, ou na execução de um ato jurídico, de que se geram direitos, ou nascem obrigações. [...].

Somente a *livre vontade*, isto é, a *livre manifestação dessa vontade* tem a eficácia legal, para que se produzam efeitos jurídicos. [...]<sup>21</sup>.

Autonomia, portanto, representa a independência, a liberdade que cada um tem de ditar as normas que pautarão suas relações e atitudes. Quando se fala em

<sup>20</sup> DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*, 21. ed. Atualização de Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 102.

<sup>21</sup> DE PLÁCIDO E SILVA, Op. Cit, p. 872.

autonomia, vislumbra-se a ausência de forças externas para impor ou restringir tais normas. Vontade, por sua vez, é a intenção, o desejo, a manifestação do que quer determinada pessoa, física ou jurídica. Ao utilizarem-se conjuntamente os dois termos, diz-se da liberdade de determinada pessoa fazer ou deixar de fazer o que ela quer.

No que tange à terminologia utilizada, cabe ressaltar que alguns autores distinguem entre autonomia privada, autonomia da vontade e liberdade de contratar. Para alguns doutrinadores a autonomia privada é mais ampla do que a autonomia da vontade, haja vista que abrange toda a atividade humana e suas manifestações no patrimônio, no direito subjetivo e no negócio jurídico. Autonomia da vontade, por sua vez, se refere à formação do negócio jurídico, razão pela qual também pode ser chamada de autonomia negocial. Finalmente, liberdade contratual seria a manifestação da autonomia no caso de contratos.

Strenger diferencia liberdade de contratar de autonomia da vontade, mas o faz referindo-se à diferenciação estabelecida por Pontes de Miranda na obra “Tratado de Direito Privado”. Strenger, assim, adota às vezes a expressão “autonomia privada” e às vezes, “autonomia da vontade”, mencionando a liberdade de contratar conforme a utilização que fazem do termo os diversos autores estudados por ele<sup>22</sup>.

Já Orlando Gomes assevera que o princípio da autonomia da vontade “particulariza-se no direito contratual na *liberdade de contratar*”, cujo princípio “abrange os poderes de autogerência de interesses, de livre discussão das condições contratuais e, por fim, de escolha do tipo de contrato conveniente à atuação da vontade<sup>23</sup>.”

Como se deduz das conceituações acima, não há unanimidade quanto às diferenças entre autonomia da vontade, autonomia privada e liberdade contratual. Embora tal diferenciação terminológica seja relevante, ela escapa ao foco desta dissertação, que adotará a expressão “autonomia da vontade” para significar a liberdade que as partes têm de estipular as normas reguladoras da relação contratual. Outras expressões aparecerão eventualmente, conforme os autores citados as utilizarem nos diversos contextos.

---

<sup>22</sup> STRENGER, Irineu. Op. Cit. p. 74.

<sup>23</sup> GOMES, Orlando. *Contratos*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 26.

A independência e a liberdade que cada indivíduo tem de fazer ou deixar de fazer algo é uma garantia constitucional, sem distinção de raça, cor, religião, nacionalidade ou sexo. Sua única limitação é o parâmetro legal, conforme o art. 5º da CF:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; [...]

Destarte, a liberdade de cada qual, garantida constitucionalmente, engloba a liberdade de contratar. Ninguém pode ser obrigado ou impedido de contratar, senão em virtude de lei – e nessa liberdade se inclui a de dispor sobre como contratar.

O art. 421 do CC trata da liberdade de contratar, ressaltando que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Essa liberdade é conceituada por Fernando Noronha, para quem a autonomia da vontade ou autonomia privada “consiste na liberdade de as pessoas regularem os seus interesses, através de contratos (e também de negócios unilaterais, mas sendo estes de muitíssimo menor importância...), tanto no âmbito pessoal como especialmente no patrimonial”. Os princípios deste fundamento são a liberdade contratual, o consensualismo e o efeito relativo dos contratos<sup>24</sup>.

O mesmo autor ressalta que a atuação da lei sobre essa liberdade, nos negócios jurídicos, determina apenas a produção dos efeitos estabelecidos pelas partes. Daí dizer que os negócios jurídicos produzem efeitos *ex voluntate*, enquanto os atos jurídicos (em sentido estrito) e os atos ilícitos produzem efeitos *ex lege*<sup>25</sup>.

Para Gomes,

o *princípio da autonomia da vontade* particulariza-se no direito contratual na *liberdade de contratar*. Significa o poder dos indivíduos de suscitar, mediante declaração de vontade, efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica. No exercício deste poder, toda pessoa capaz tem aptidão para provocar o nascimento de um direito, ou para obrigar-se<sup>26</sup>. (grifos no original)

<sup>24</sup> NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*: fundamentos do direito das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1. p. 390.

<sup>25</sup> *Ibid.* p. 391.

<sup>26</sup> GOMES, Orlando. *Op Cit.* p. 25.

Em importante obra sobre o tema, Strenger estabelece pressupostos conceituais, inclusive sociológicos e psicológicos, sobre a vontade. Para ele, em quaisquer circunstâncias, a vontade é

[...] uma forma de atividade que comporta, de maneira praticamente completa, a representação do ato a produzir, ou uma suspensão provisória da tendência a praticar esse ato, intervindo nesse processo o sentimento do valor das razões, que podem determinar ou não o seu cumprimento, ou seja, a decisão de agir ou abster-se dessa ação<sup>27</sup>.

O autor também observa que a função essencial da vontade é aumentar ou diminuir o processo de dar sentido à vida:

Todo homem é dotado de natural mobilidade no sentido de dar uma direção à sua vida, e a função essencial da vontade parece ser a de reduzir ou aumentar esse processo conforme a intensidade não dos impulsos ou exigências subjetivas, mas também de todas as inclinações resultantes da dinâmica existencial<sup>28</sup>.

Portanto, é a vontade que impulsiona o homem a fazer ou deixar de fazer coisas, incluindo descobertas, tecnologias, modificações da natureza, relações sociais, contratos e etc. Contudo, quando em sociedade, muitas vezes há impasse entre duas ou mais vontades – daí a importância dos valores jurídicos para limitar reciprocamente as vontades individuais que tangenciam as relações humanas. Nos termos de Strenger:

Assim, os valores jurídicos não têm sentido senão na medida em que atingem uma vontade, não somente enquanto esta está unida a outras vontades, mas enquanto todas essas vontades estão ligadas às pessoas, que no processo de intersubjetividade limitam reciprocamente a ação das vontades<sup>29</sup>.

É justamente da idéia de limitação da vontade como condição para o convívio social que emana a doutrina sociológica da vontade, que se baseia, por sua vez, na noção de representação coletiva. Ainda segundo Strenger,

a doutrina sociológica é dominada, portanto, pela noção de representação coletiva, satisfazendo duas condições essenciais: 1ª) relação com a coletividade e os fins que lhe são próprios; 2ª) o objeto é a sociedade, que tem como fundamento as consciências individuais, enquanto elas participam de uma relação transcendente,

<sup>27</sup> STRENGER, Irineu. Op. Cit. p. 24.

<sup>28</sup> Ibid. p. 28.

<sup>29</sup> Ibid. p. 29.



isto é, a consciência social. O que nos interessa, sobre tudo, é que as representações coletivas se apóiam em preceitos e regras, que são imperativas e que não podem ser violadas sem se incorrer em sanção, residindo sempre, a força principal da vontade [...]”<sup>30</sup>.

O fato de existirem limitações jurídicas à vontade, traduzidas em leis imperativas, não impede a aplicação do conceito de autonomia da vontade no âmbito do direito. Tal é a posição de Irineu Strenger ao defender a autonomia da vontade como princípio jurídico. A autonomia da vontade é elemento não só de liberdade geral, mas de liberdade jurídica, “que é esse poder insuprimível no homem de criar por um ato de vontade uma situação jurídica, desde que esse ato tenha objeto lícito”<sup>31</sup>. Ao partir dessa noção de princípio jurídico, o referido autor registra que “o princípio da autonomia da vontade sobrevive a despeito das tentativas demolidoras [...]”<sup>32</sup>.

Tratado do conceito da autonomia da vontade, mister analisar seu tratamento pelo direito brasileiro.

---

<sup>30</sup> STRENGER, Irineu. Op. Cit, p. 35

<sup>31</sup> Ibid. p. 66.

<sup>32</sup> Ibid. p. 68.

## **2. AUTONOMIA DA VONTADE NO DIREITO BRASILEIRO**

### **2.2 Lei de Introdução ao Código Civil de 1917**

O Direito Internacional Privado Brasileiro é regido pela Lei de Introdução ao Código Civil. O ordenamento jurídico brasileiro teve em seu bojo duas Leis de Introdução ao Código Civil, a primeira que foi promulgada no ano de 1917 e revogada em 1942, e a segunda desta mesma data, que continua em vigor até os dias de hoje, mesmo com a vigência do Novo Código Civil, de 2002.

Porém, diante da análise da antiga Lei de Introdução, percebe-se que ela era mais benéfica para os agentes do comércio internacional do que a lei de Introdução ao Código Civil de 1942. A Lei de 1917 estabelecia em seu artigo 13 a possibilidade da escolha da lei aplicável aos contratos. Não o fazia de uma forma expressa, mas facultava às partes a escolha da lei aplicável. Segundo Irineu Strenger,

A introdução ao Código Civil especificamente centraliza no art. 13 a matéria que pode suscitar considerações específicas, embora controversas, em torno da autonomia da vontade, consignada na seguinte redação dispositiva: “regular, salvo estipulação em contrário, quanto à substância e aos efeitos das obrigações, a lei do lugar, onde forem contraídas.”<sup>33</sup>

No próximo item, ao analisarmos a Lei de Introdução ao Código Civil de 1942, analisaremos

### **2.3 Lei de Introdução ao Código Civil de 1942**

O princípio da autonomia da vontade se faz presente, no âmbito do direito brasileiro, principalmente nos contratos – haja vista que, como analisado no Capítulo 1, um dos princípios contratuais mais importantes é o da autonomia da vontade. Este sentido prevalece na análise do direito privado brasileiro, como é o caso do art. 421 do CC. Outro exemplo é o art. 425, que faculta às partes celebrarem “contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código”. Outros artigos do CC

---

<sup>33</sup> STRENGER, Irineu. Op. Cit. P. 189

relacionados a disposições contratuais são o 427<sup>34</sup>, 448<sup>35</sup>, 450<sup>36</sup>, 472<sup>37</sup>, 473<sup>38</sup>, 474<sup>39</sup> e o 475<sup>40</sup>, entre outros.

Neste sentido se expressa Strenger, ao afirmar que

a força da autonomia da vontade, praticamente, concentra-se no contrato que, sendo uma relação entre sujeitos de direito, é, em consequência, o campo mais abrangido por essa categoria jurídica, notadamente porque a relação obrigacional se estabelece entre pessoas<sup>41</sup>.

Nádia de Araújo define autonomia da vontade e a relaciona à ordem interna, o que “significa que as partes podem fixar livremente o conteúdo dos contratos dentro dos limites da lei, ou seja, em face das normas imperativas e da ordem pública”<sup>42</sup>.

Para Orlando Gomes, autonomia da vontade é “o poder dos indivíduos de suscitar, mediante declaração de vontade, efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica”<sup>43</sup>.

No Brasil, as normas de direito internacional privado que regulamentam situações para as quais concorrem diferentes ordenamentos jurídicos constam da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC)<sup>44</sup>. Cabe destacar ainda que ao se falar em autonomia da vontade na ordem internacional, portanto, diz-se da liberdade das partes escolherem que lei deve regular sua relação contratual. Segundo Nádia de Araújo,

na ordem internacional, a autonomia da vontade significa a liberdade das partes de escolherem outro sistema jurídico para regular o

<sup>34</sup> Art. 427 do CC: “A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso”.

<sup>35</sup> Art. 448 do CC: “Podem as partes, por cláusula expressa, reforçar, diminuir ou excluir a responsabilidade pela evicção”.

<sup>36</sup> Art. 450 do CC: “Salvo estipulação em contrário, tem direito o evicto, além da restituição integral do preço ou das quantias que pagou [...]”.

<sup>37</sup> Art. 472 do CC: “O distrato faz-se pela mesma forma exigida para o contrato”.

<sup>38</sup> Art. 473 do CC: “A rescisão unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte”.

<sup>39</sup> Art. 474 do CC: “A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial”.

<sup>40</sup> Art. 475 do CC: “A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos”.

<sup>41</sup> STRENGER, Op. Cit. p. 70.

<sup>42</sup> ARAÚJO, Nádia de. Op. Cit. p. 43.

<sup>43</sup> GOMES, Orlando. Op. Cit. p. 25.

<sup>44</sup> BRASIL, Decreto-Lei n° 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 05 jun. 2008.

contrato. Isso quer dizer que a autonomia das partes, no DIPRI, tem por objeto a designação de uma lei aplicável ao contrato<sup>45</sup>.

O direito internacional privado brasileiro está regulamentado nos arts. de 7 a 19 da LICC.

No art. 9º da LICC, o legislador estabeleceu a regra de conexão ou as normas indiretas que determinam qual a lei aplicável no caso de negócios jurídicos, dentre eles os contratos internacionais. Daí dizer que o método adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro é conflitual – ou seja, se utilizam normas indiretas para estabelecer a lei aplicável à determinada relação jurídica. Segundo este artigo da LICC, se aplica ao contrato a lei do país onde as obrigações se constituírem, ressalvado o disposto no §1º, que estabelece a aplicação da lei do local onde a obrigação for executada. Eis a íntegra do dispositivo:

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.

Vige, destarte, a *lex contractus*, ou seja, será aplicada ao contrato a lei do país em que o mesmo for celebrado. A exceção é a *lex loci executionis* ou lei do local da execução, prevista no §1º. O entendimento é corroborado por João Grandino Rodas:

A introdução ao Código Civil de 1916 adotou no *caput* do art 13, a lei do lugar do contrato (*lex loci contractus*), enquanto que no parágrafo único, manteve a orientação tradicional da lei do lugar da execução (*lex loci executionis*) [...].

O *caput* do art. 9º da vigente Lei de introdução, aplicável aos contratos entre presentes, continua a prescrever a lei do lugar do contrato (*lex loci contractus*). Os contratos entre ausentes, entretanto, disciplinados pelo §2º do referido artigo, são submetidos à lei da residência do proponente<sup>46</sup>.

Assim se manifesta Strenger:

O sistema brasileiro vigente, relativamente à substância e aos efeitos das obrigações, rege-se pela lei do lugar em que foram

<sup>45</sup> ARAÚJO, Nádia de. Op. Cit. p. 43.

<sup>46</sup> RODAS. João Grandino. Op. Cit p.36.

constituídas, com exclusão constante do §1º do art. 9º da Lei de Introdução, em favor da *lex loci executionis*, quando esse lugar for o Brasil<sup>47</sup>.

Com base nesta limitação legal, Rodas assevera que não há autonomia da vontade para determinação da lei aplicável no direito internacional privado brasileiro:

[...] perante o *caput* do art. 9º, da Lei de Introdução vigente, não se pode afirmar a existência da autonomia da vontade para a indicação da norma aplicável, no Direito Internacional Privado brasileiro. Fica às partes unicamente o exercício da liberdade contratual na esfera das disposições supletivas da lei aplicável, por determinação da *lex loci contractus*<sup>48</sup>.

Acerca dos tipos de normas de conflito, vale rememorar Pontes de Miranda quando analisa as “principais leis propostas como lei *única*”<sup>49</sup>:

a) *Lex loci contractus* – criticada por Pontes de Miranda, determina que seja aplicada a lei do local onde se conclui o contrato.

b) *Lex loci executionis* – impõe a aplicação da lei vigente no local de execução do contrato.

c) *Lex debitoris* – é a lei do domicílio do devedor e, segundo Pontes de Miranda, a melhor e a mais apropriada, já que dispensa um princípio de ajustação. Segundo o autor, poderia ser a Lei nacional.

d) *Lex fori* – determina a aplicação da lei do local do foro eleito para dirimir as divergências contratuais e também é criticada por Pontes de Miranda.

Rodas trata destas normas nos seguintes termos:

A doutrina, o direito positivo, e a jurisprudência comparados apontam várias soluções, relativamente à lei aplicável à substância dos contratos: lei do lugar da execução (*lex loci executionis*), lei do lugar do contrato (*lex loci contractus*), lei pessoal do devedor (*lex patriae* ou *domicilii* do devedor), lei pessoal das partes (*lex patriae* ou *domicilii* comum das partes), lei escolhida pelas partes (*lex voluntatis*)<sup>50</sup>.

O debate se acirra quando se cotejam a LICC de 1916 e a de 1942. No art. 13 da Lei de Introdução ao Código Civil de 1916 se determinava que “regulará, salvo estipulação em contrário, quanto à substância e aos efeitos das obrigações, a lei do

<sup>47</sup> STRENGER, Irineu. Op. Cit. p. 195.

<sup>48</sup> RODAS, João Grandino. Op.Cit. P. 44.

<sup>49</sup> PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito internacional privado*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1935.p. 165.

<sup>50</sup> RODAS, João Grandino. Op. Cit. p. 30.

lugar, onde forem contraídas. [...]”. Revogado pelo art. 9º da LICC de 1942, o dispositivo legal de 1916 concedia maior autonomia à vontade das partes, que podiam estipular diferentemente do determinado pela legislação no que se referisse à substância e aos efeitos do contrato, desde que isso não implicasse em injúria à “soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes”. Já a capacidade e a execução seriam reguladas pelas referidas leis, sendo aplicada a lei do lugar onde as obrigações foram contraídas apenas e tão-somente na hipótese do silêncio das partes. Contudo, como bem explanam Irineu Strenger e Nádia Araújo, até em relação à amplitude do art. 13 da LICC de 1916 há divergências doutrinárias. Para Oscar Tenório, o fato do legislador não ter empregado o termo “vontade” causou controvérsia entre os intérpretes, no que se refere à adoção da autonomia da vontade. Para o autor, a utilização da expressão “salvo estipulação em contrário” apresentava duplo significado.<sup>51</sup> Segundo Tenório,

Para uns correspondia à designação expressa da lei competente para reger os contratos; para outros, à faculdade concedida às partes para elegerem a lei contratual.<sup>52</sup>

Sobre a LICC de 1916 e até em relação à autonomia da vontade em si, vale retornar a Pontes de Miranda, que assevera não existir autonomia da vontade no direito internacional privado – nem como princípio, nem como teoria. Veja-se:

A autonomia da vontade não existe, no Direito Internacional, nem como princípio, nem como teoria aceitável. Porque: 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 lei aplicável os limites da autonomia, *dentro deles* não há escolha da lei, há “lei” (ou outra coisa, lei revogada, página de livro, *memoranda*, cartas) que constitui conteúdo, citação, parte integrante de um querer<sup>53</sup>.

Em 1942, com a nova LICC, a matéria foi contemplada no art. 9º e teve seu texto alterado, excluindo-se a expressão “salvo estipulação em contrário” – o que gerou várias conjecturas doutrinárias. Conforme Araújo, pode-se separá-las em três grupos distintos:

<sup>51</sup> TENÓRIO, Oscar. *Direito Internacional Privado*, 2 ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos: 1957. p.352.

<sup>52</sup> *Ibid.* p. 352.

<sup>53</sup> PONTES DE MIRANDA. *Op. Cit.* p. 156-157.

Visualizamos, assim, que há na doutrina brasileira três correntes distintas de pensamentos: a primeira, daqueles enfaticamente contrários à autonomia da vontade; a segunda, daqueles a favor, desde que limitada às regras supletivas, excluindo-se, portanto, a possibilidade de sua aplicação ao contrato como um todo; e finalmente a terceira, daqueles favoráveis à teoria de forma mais ampla.<sup>54</sup>

Oscar Tenório considera que a supressão na norma existente no art. 13 da Introdução ao Código Civil de 1916, não retirou completamente a autonomia da vontade nos contratos internacionais. Segundo Tenório:

O art. 9º não exclui a aplicação da autonomia da vontade se ela for admitida pela lei do país onde se constituir a obrigação. Manda a Lei de introdução aplicar a lei do lugar do contrato. Não quer isto dizer que a obrigação se qualifica e se rege pelas leis locais internas, o que seria admitir o princípio da territorialidade. A lei local pode autorizar, por exemplo, o princípio da lei pessoal do credor. Num contrato com o direito anterior, precisamos assinalar que o art. 13 da Introdução admitia o princípio da autonomia, no direito internacional privado, mesmo para as obrigações contraídas no Brasil. Numa das críticas ao dispositivo acentuou-se o antagonismo entre o preceito no direito interno propriamente dito. O art. 9º da atual Lei de Introdução (1942) aboliu o antagonismo ilógico. As obrigações contraídas no Brasil não podem cair, agora, sob o império da autonomia da vontade. Mas uma obrigação contraída no exterior pode sujeitar-se ao direito brasileiro no caso em que a lei do lugar do contrato admitir a autonomia da vontade, e as partes resolverem escolher a lei brasileira.<sup>55</sup>

Haroldo Valladão se posiciona no sentido de que a exclusão de parte do artigo da LICC de 1916 não significou a proibição do exercício da autonomia da vontade, pois tal norma só teria validade se as partes silenciassem quanto à lei aplicável. Diz o autor:

O direito brasileiro sempre adotou o princípio da autonomia da vontade em matéria de obrigações contratuais.  
[...]  
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 [...].  
Mas um princípio básico, qual o da autonomia da vontade, não podia desaparecer, assim, por omissão.  
[...]  
Aliás, o legislador do DIP também o pode prever e foi o que fez, no Brasil, a Intr. estabelecendo, no art. 13, já citado (mantido no Anteprojeto, art. 50), que a substância e os efeitos das obrigações

<sup>54</sup> ARAÚJO, Nádía de. Op.Cit. p. 98.

<sup>55</sup> TENÓRIO, Oscar. Op. Cit. p. 354.

se regem, *salvo estipulação em contrário*, pela lei do lugar onde contraídas. Destarte, inexistindo estipulação sobre a lei aplicável, aplicar-se-á a lei do lugar do contrato.<sup>56</sup>

Strenger, em obra data de 2000, afirma-se partidário de uma terceira abordagem, explicando que a referida exclusão não configurou uma permissão do exercício da autonomia e pode mesmo tê-la ampliado, devendo-se aplicar a lei do local de constituição como norma do conflito. Se a lei aplicável o permitir, isso configuraria o exercício da autonomia da vontade.

Exemplo sobre que lei aplicar a determinado contrato envolveria uma lide com um contrato internacional apreciada no Brasil. O juiz verifica o local de constituição do contrato, comprova se a lei desse local permite o exercício da autonomia da vontade e, em caso positivo, aplica a lei escolhida pelas partes, ainda que tal lei não tenha legitimidade no lugar onde o instrumento foi celebrado.

Araújo ressalta que a posição da doutrina, seguindo a tendência atual, favorece, de forma mais abrangente, a autonomia da vontade. Destaca, no entanto, que a legislação e os tribunais brasileiros não acompanham esta tendência. Refere a autora que,

para nós, no estágio atual da legislação brasileira, a escolha da lei aplicável a um contrato internacional, nos moldes reconhecidos atualmente na comunidade internacional, não encontra amparo na legislação vigente [...] <sup>57</sup>.

Assim, ao contrário do que afirma parte da doutrina, como está estabelecido na LICC, em seu art. 9º, não há como se dizer que o ordenamento jurídico brasileiro permite a autonomia da vontade das partes nos contratos internacionais, principalmente no que tange a lei aplicável aos mesmos.

Contudo, há que se analisar também a Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996<sup>58</sup>, que trata da arbitragem em território brasileiro.

## **2.4 Regulamentação pela Lei de Arbitragem**

<sup>56</sup> VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1971. p. 370; 371 e 374.

<sup>57</sup> ARAÚJO, Nádia de. Op. Cit. p. 109.

<sup>58</sup> BRASIL, Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 05 jun. 2008. Referenciado no decorrer como Lei de Arbitragem.



A arbitragem é um meio de solução de controvérsias onde as partes elegem um árbitro para que este, no caso de litígio entre elas, resolva o mesmo. Neste sentido está o art. 1º, da Lei de Arbitragem: As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Assim, qualquer pessoa capaz de contratar, ou seja, que tenha capacidade para exercer atos da vida civil, poderá valer-se deste meio de solução de controvérsias, desde que a matéria do litígio envolva direitos patrimoniais disponíveis.

No Brasil, a arbitragem ganhou grande impulso com a edição da Lei 9.307/96, que trata especificamente sobre o tema e que trouxe inovações favoráveis à utilização da arbitragem no Direito Brasileiro. Entre tais inovações, a nova lei de arbitragem equiparou a cláusula compromissória ao compromisso, sendo agora ambos denominados convenção de arbitragem e atribuiu força obrigatória à sentença arbitral, “dotando-a dos mesmos efeitos da sentença proferida pelo Poder Judiciário e qualificando-a, inclusive, como título executivo judicial, independente de qualquer homologação judicial.”<sup>59</sup>

Para Nádia de Araújo,

A Lei 9.37/96 prestigiou, ainda, a autonomia da vontade das partes, de tal sorte que aos contratantes foi conferida ampla liberdade de escolha das normas aplicáveis, tanto ao procedimento, como ao fundo da causa, inclusive a eleição dirigida aos usos e costumes do comércio internacional. Em síntese, procurou modernizar o instituto da arbitragem, conciliando a reticência historicamente verificada contra a arbitragem no Brasil com a utilização de mecanismos eficazes de preservação e garantia do procedimento.<sup>60</sup>

No que tange a arbitragem internacional, a lei 9.307/96 não define mecanismos para distingui-la da arbitragem interna, de modo que a arbitragem para ser internacional deverá envolver relação jurídica subjetivamente internacional, ou seja, conter algum elemento de estraneidade. As lacunas jurídicas quanto as especificidades da arbitragem internacional deverão ser supridas por analogia,

---

<sup>59</sup> ARAÚJO, Nádia de. Op. Cit. p. 315.

<sup>60</sup> ARAÚJO, Nádia de. Op. Cit. p. 315.

mostumes e princípios gerais de direito, na forma do artigo 4º da Lei de Introdução do Código Civil (LICC).<sup>61</sup>

Vale ressaltar que o artigo 34, parágrafo único da nova lei da arbitragem, a sentença proferida em arbitragem internacional realizada no Brasil será uma sentença nacional, que independerá de homologação pelo STF. Já, a sentença arbitral proferida fora do território nacional será considerada sentença estrangeira, sendo necessária à homologação pelo STF, para adquirir força executiva no Brasil.

Na arbitragem as partes podem escolher se a decisão dos árbitros será baseada nas regras de direito positivo ou no critério da equidade. É o que determina o art. 2º, da Lei de Arbitragem: A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

Nos §§1º e 2º, do referido artigo, está o ponto principal da presente análise, qual seja, a predominância do princípio da autonomia da vontade quando se tratar de litígios que são apreciados por meio da arbitragem. Segue o teor do §§1º e 2º, do 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 de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

Assim, a Lei de Arbitragem determina que as partes possam escolher a lei aplicável, bem como se a arbitragem será decidida com base nos princípios gerais do direito, nos usos e costumes ou até mesmo nas regras internacionais de comércio.

Comparada com a LICC, a Lei de Arbitragem traz regulamento diverso, o que permite a seguinte afirmação: se as partes escolherem resolver as controvérsias provenientes de um determinado contrato internacional por meio de arbitragem, elas poderão escolher a lei aplicável, exercendo o princípio da autonomia da vontade. Contudo, se não se utilizarem da cláusula arbitral, ficando a cargo do judiciário a referida solução, a autonomia da vontade não poderá ser exercida, sendo aplicável a lei do local onde o contrato foi celebrado, conforme preceitua o art. 9º, da LICC, já analisado no item anterior.

Neste sentido, Lee assevera que:

---

<sup>61</sup> ARAÚJO, Nádia de. Op. Cit. p. 320..

apesar de a autonomia da vontade não ser reconhecido como elemento de conexão para determinar a lei aplicável às obrigações contratuais internacionais no Direito Internacional brasileiro, o §1º do art. 2º da Lei 9.307/96, estabelece que: *poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem [...].*  
[...]

A legislação brasileira sobre a arbitragem confere às partes uma grande liberdade de escolha no que se refere à lei aplicável<sup>62</sup>.

Não obstante a Lei de Arbitragem permitir o exercício da autonomia da vontade pelas partes ao escolherem uma lei aplicável, isso não vai significar que essa autonomia não terá limites. Essa limitação está expressa na segunda parte do §1º, do art. 2º, da Lei de Arbitragem, onde determina que a aplicação das regras de direito escolhidas pelas partes para fundamentar a decisão arbitral não poderá violar os bons costumes e a ordem pública. Assim, mesmo sendo possível a escolha de lei estrangeira como basilar de uma arbitragem internacional, não poderá o árbitro brasileiro violar normas de ordem pública ou bons costumes vigentes no país.

---

<sup>62</sup> LEE, João Bosco. *Arbitragem comercial internacional nos países do mercosul*. Curitiba: Juruá, 2002. 447 p.

### 3. CONVENÇÕES INTERNACIONAIS

#### 3.1 Convenções internacionais ratificadas pelo Brasil

No que diz respeito à autonomia da vontade e em especial à questão da lei aplicável, cabe destacar os tratados internacionais ratificados pelo Brasil:

##### 3.1.1 Código Bustamante (Havana – 1928)

A Convenção de Direito Internacional Privado, adotada em Havana, em 13 de fevereiro de 1928, promulgada no ordenamento brasileiro pelo Decreto nº 18.871, de 13 de agosto de 1929<sup>63</sup>, que ficou conhecida como **Código Bustamante**, tenta conciliar duas correntes doutrinárias: a que defende o princípio da nacionalidade e a partidária do princípio do domicílio.

Nádia de Araújo critica tal convenção por não apontar claramente a lei a ser seguida, bem como pelas reservas mantidas em relação a ela. Para Nádia de Araújo,

O Código é um completo corpo de normas contendo 437 artigos. No entanto, por ter tentando conciliar as correntes filiadas ao princípio da nacionalidade com aquelas filiadas ao princípio do domicílio, através de fórmulas de compromisso, muitas de suas normas não apontam precisão a regra apropriada a ser seguida.<sup>64</sup>

Segundo a convenção, existem leis de ordem privada e leis de ordem pública internacional<sup>65</sup>, sendo estas definidas no art. 175: “São regras de ordem pública internacional as que vedam o estabelecimento de pactos, cláusulas e condições contrárias às leis, à moral e à ordem pública e as que proíbem o juramento e o consideram sem valor”.

Já no art. 3º, as leis e regras vigentes em cada país são incluídas em três categorias: leis pessoais ou de ordem pública interna (aplicáveis às pessoas em razão de seu domicílio e nacionalidade); leis territoriais, locais ou de ordem pública internacional (que obrigam a todos os residentes no território, sejam ou não

<sup>63</sup> BRASIL, Decreto nº 18.871, de 13 de agosto de 1929. Promulga a Convenção de Direito Internacional Privado, de Havana. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 05 jun 2008.

<sup>64</sup> ARAÚJO, Nádia de. *Contratos Internacionais*. 3ª Ed. 2. Rev.e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 168.

<sup>65</sup> ARAÚJO, Nádia de. Op. Cit. p. 159.

nacionais); e leis voluntárias ou de ordem privada (que se aplicam pela expressão, interpretação ou presunção da vontade das partes). Garante ainda, em seu art. 4º, que os preceitos constitucionais são de ordem pública internacional.

A convenção trata de vários assuntos relacionados ao direito privado: adoção, sucessão, pessoas, personalidade civil etc. Contudo, na medida em que o foco da presente dissertação são os contratos, ficar-se-á adstrito a este tema.

Obrigações e contratos em geral são regulados, no âmbito da Convenção de Direito Internacional Privado de Havana, nos arts. de 164 a 186, e alguns merecem destaque. O art. 166, ao tratar das obrigações originadas dos contratos, registra que as mesmas têm força de lei e devem ser cumpridas conforme estipulação contratual, ressalvadas as limitações constantes na convenção (auto-intitulada de Código). O art. 176 expressa que a capacidade ou incapacidade para prestar consentimento será regida pela lei de ordem pública interna de cada contratante. Já o art. 177 determina que as hipóteses de dolo, erro, violência e intimidação acerca do consentimento serão reguladas pela lei territorial. A convenção, em síntese, atribui a competência da regulamentação ora à lei pessoal, ora à lei territorial.

Nesse sentido, a observação de Araújo:

O código tratou do tema das obrigações e contratos no seu título quarto, capítulo I e II, dos artigos 164 a 186. Em matéria de contratos adotou as seguintes regras: aplicação da lei territorial com relação à ordem pública internacional e vícios de consentimento; capacidade regida pela lei pessoal dos contratantes; aplicação simultânea da lei do lugar do contrato e da sua execução, para a necessidade de outorgar-se escritura para documentos públicos e o requisito da forma escrita; sujeição das nulidades à lei da qual dependesse a sua causa; e interpretação do contrato de acordo com a lei que o está regendo<sup>66</sup>.

O art. 184 determina que “a interpretação dos contratos deve efetuar-se, como regra geral, de acordo com a lei que os rege”. A segunda parte do mesmo artigo, todavia, prevê a possibilidade de se questionar a aplicabilidade da lei escolhida:

Contudo, quando essa lei for discutida e deva resultar da vontade tácita das partes, aplicar-se-á, por presunção, a legislação que para esse caso se determina nos arts. 185 e 186, ainda que isso leve a aplicar ao contrato uma lei distinta, como resultado da interpretação da vontade<sup>67</sup>.

<sup>66</sup> ARAÚJO, Nádía de. Op.Cit. p. 160.

<sup>67</sup> Art. 184, Decreto nº 18.871, de 13 de agosto de 1929.

O art. 186, por sua vez, determina que, para os demais contratos, aplicar-se-á primeiramente a lei pessoal comum aos contratantes e, na falta desta, a vigente no lugar da celebração do instrumento.

Bustamante não referiu expressamente em seu código o princípio da autonomia da vontade, mas pode-se dizer que o art. 166 o prevê, ainda que de modo superficial.

### 3.1.2 Estatuto da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado (Haia, 1951)

Estatuto da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado, adotada na VII Conferência de Haia de Direito Internacional Privado, de 9 a 31 de outubro de 1951. Ratificada no ordenamento brasileiro pelo Decreto nº 3.832, de 1º de junho de 2001<sup>68</sup>.

Conforme o art. 1º deste Estatuto, o objetivo da Conferência de Haia é “trabalhar para a unificação progressiva das regras de direito internacional privado”.

Estas foram as convenções ratificadas pelo Brasil. Entretanto, a matéria sobre a autonomia da vontade e os contratos internacionais forma tratados por outros instrumentos internacionais, mas que não foram ratificados. Apesar de não estarem incorporados no ordenamento jurídico brasileiro, é importante uma visão dos principais instrumentos sobre o assunto.

### 3.1.3 Convenção Interamericana sobre Normas Gerais de Direito Internacional Privado (Montevidéu, 1979)

A Convenção Interamericana sobre Normas Gerais de Direito Internacional Privado, concluída em Montevidéu, Uruguai, em 8 de maio de 1979 foi promulgada no ordenamento brasileiro pelo Decreto nº 1.979, de 9 de agosto de 1996<sup>69</sup>.

Tal convenção foi firmada no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), que desde 1975 patrocina a Conferência Especializada Interamericana sobre Direito Internacional Privado, conhecida por CIDIP. Até hoje foram realizadas seis

<sup>68</sup> CONFERÊNCIA DE HAYA DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO.

<sup>69</sup> BRASIL. Decreto nº 1.979, de 9 de agosto de 1996. Promulga a Convenção Interamericana sobre Normas Gerais de Direito Internacional Privado, concluída em Montevidéu, Uruguai, em 8 de maio de 1979. Disponível em <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 05 jun. 2008.

dessas conferências, tendo o Brasil participado de todas e firmado a maioria das convenções. No entanto, só a partir de 1992 as deliberações passaram a ser encaminhadas para ratificação pelo Congresso Nacional – implicando que nem todas tenham sido enviadas.

A Convenção Interamericana sobre Normas Gerais de Direito Internacional Privado, ratificada pelo Brasil e parte integrante da CIDIP II, foi um dos mais importantes temas dessa conferência, regulando a base do sistema conflitual interamericano e sendo a única no seu gênero, conforme observa Nádía de Araújo<sup>70</sup>.

O art. 1º da convenção já deixa claro seu objetivo: submeter a suas determinações a norma jurídica aplicável para reger as situações que envolvam direito estrangeiro. Ressalta ainda que, no caso de falta de norma internacional, serão aplicadas as regras de conflito do direito interno. Quando o ordenamento jurídico aplicável for de Estado estrangeiro, os juízes e autoridades nacionais o aplicarão como o juiz ou a autoridade desse Estado (art. 2º). Se um Estado-parte não tem os mesmos institutos previstos no ordenamento de outro Estado, e nem análogos, não poderá recusar-se a aplicar a si mesmo os institutos estrangeiros (art. 3º). O art. 5º ainda prevê a possibilidade de não aplicar lei de Estado estrangeiro se manifestamente ferir norma de ordem pública, enquanto o art. 7º defende a preservação da ordem pública em situações jurídicas que, embora válidas, a contrariem. O art. 6º, finalmente, impede que seja aplicada lei de Estado estrangeiro se, artificialmente, foram burlados princípios fundamentais de outro Estado-parte. Vários outros aspectos foram tema das CIDIPs já realizadas, sendo a autonomia da vontade abordada pela primeira vez na CIDIP I, quando foi regulamentada a arbitragem internacional (art. 3º). Contratos internacionais passaram a ser discutidos na CIDIP II e foram colocados em pauta a partir da CIDIP IV. Na CIDIP III, recomendou-se a ratificação da Convenção de Viena da UNCITRAL, principalmente para itens relacionados a menores e a compra e venda internacional. Na CIDIP V, os contratos internacionais passaram a ser objeto da Convenção Interamericana sobre o Direito Aplicável aos Contratos Internacionais, que ainda não foi ratificada pelo Brasil e será analisada posteriormente nesta dissertação<sup>71</sup>. Da última CIDIP, ocorrida em 2002, em Washington, resultaram três convenções: a primeira sobre garantias mobiliárias, a segunda sobre transporte de mercadorias por caminhão e a terceira

---

<sup>70</sup> ARAÚJO, Nádía de. Op.Cit. p. 167.

<sup>71</sup> ARAÚJO, Nádía de. Op.Cit. p. 167-169.

acerca da responsabilidade civil extracontratual (lei aplicável e jurisdição internacional).



## 3.2 Convenções internacionais não ratificadas pelo Brasil

Existem convenções de direito internacional privado que, apesar de não ratificadas pelo Brasil – ou porque rejeitadas ou porque ainda não remetidas para ratificação pelo Congresso Nacional –, são importantes para o estudo da matéria, tanto em nível regional dos blocos econômicos, como internacional. Abaixo analisaremos convenções internacionais que fazem referência a contratos internacionais e autonomia da vontade.

### 3.2.1 Conferência de Haia de Direito Internacional Privado – 1955

A Convenção de junho de 1955, celebrada no âmbito da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado, tinha como foco a lei aplicável à venda de bens,.

Segundo Nádia de Araújo, foi esta a primeira convenção internacional que estabeleceu o critério da autonomia da vontade como fator de conexão principal na designação da lei aplicável ao contrato. A convenção foi dedicada ao conflito de leis e, no caso de falta de definição contratual sobre o ordenamento, adotou o critério do local da residência habitual do vendedor<sup>72</sup>.

Alguns pontos da convenção podem ser destacados. O art. 1º restringe as disposições da convenção somente à venda internacional, de objetos móveis corporais, destacando que só a vontade das partes faz com que o negócio assuma caráter internacional. O art. 2º determina a vontade das partes como critério de seleção de lei aplicável. Apesar da disposição sobre a autonomia da vontade, o art. 6º da convenção a limita à ordem pública.

Esta convenção sobre a lei aplicável para contrato de venda internacional de bens foi substituída pela de 22 de dezembro de 1986, que ainda não entrou em vigor porque sua elaboração ocorreu concomitantemente à Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional, no âmbito da UNCITRAL, em 1980<sup>73</sup>.

---

<sup>72</sup> ARAÚJO, Nádia de. Op.Cit. p. 125-126.

<sup>73</sup> Ibid. p. 126.

### 3.2.2 Tratado de Lima – 1878

Conforme observa Araújo, o importante a destacar neste tratado é o fato de representar uma das primeiras tentativas de unificação do Direito Internacional Privado na América Latina. A iniciativa partiu do governo peruano, que em 1875, através de circularconvite, conclamou os demais países americanos a participarem de um congresso visando harmonizar as diferentes legislações nacionais. O Brasil declinou do convite por julgar que propostas desse teor seriam válidas em escala mundial e não apenas regional. Baseado na teoria de Mancini, o tratado privilegiou o critério da nacionalidade para reger o Estado e a capacidade das pessoas. Contratos internacionais foram regulados nos arts. 4º e 5º, consagrando o princípio do local da celebração como regra de conexão<sup>74</sup>. Segundo Araújo, garantia-se o princípio da autonomia da vontade, mas com limitações:

[...] para tornar compatíveis as regras relativas à substância com aquelas da execução dizia-se estarem estas de acordo com o princípio de que, no cumprimento de um contrato, devia-se respeitar a vontade expressa ou tácita dos contratantes, no que não fosse contrário às leis proibitivas do lugar da execução<sup>75</sup>.

### 3.2.3 Convenção sobre contratos para a venda internacional de bens, de 1980 – UNCITRAL.

Esta convenção foi realizada pela UNCITRAL, comissão da Organização das Nações Unidas (ONU) criada pela Assembléia Geral de 1966 – Resolução 2205 (XXI) de 17 de dezembro de 1966 – e cujo objetivo é promover a harmonização e unificação progressiva do direito do comércio internacional.

De acordo com Araújo, “desde o início o tema da compra e venda internacional figurou na agenda de trabalho da comissão, e, em 1980, foi realizada em Viena a Conferência Internacional que resultou na assinatura da Convenção para Compra e Venda Internacional de Mercadorias”. Uma das pretensões da convenção foi a de não substituir ou eliminar regras internacionais que regulamentem as transações ou protejam o consumidor.

---

<sup>74</sup> ARAÚJO, Nádia de. Op.Cit. p. 147-149.

<sup>75</sup> Ibid. p. 150.

Isto deu certa liberdade às partes, permitindo que se utilizassem ou não do disposto na convenção<sup>76</sup>.

A mesma autora refere um caso em que essa liberdade fica caracterizada:

Na falta de escolha da lei aplicável ou exclusão expressa da convenção, há algumas hipóteses a serem consideradas. Suponhamos que em uma determinada situação haja dois contratantes, estabelecidos o primeiro no país A e o segundo no país B. Se ambos os países ratificaram a convenção, esta será aplicável, pois se tornou a lei uniforme na área. Continuando, se o país A ratificou-a mas não o país B, esta só será aplicável ao contrato se as regras de DIPRI indicarem como lei aplicável a do País A, no qual ela está em vigor. *Contrario sensu*, se as regras de DIPRI indicarem a lei do País B, no qual ela não está em vigor, não poderá ser aplicada, a menos que a legislação daquele país permita às partes escolherem a lei aplicável. Por fim, se não é parte do ordenamento jurídico do país A ou do país B, parece-nos que está excluída sua aplicação, a menos que as partes façam uma opção expressa por ela no contrato. Neste último caso, dependeria da amplitude do conceito da autonomia da vontade do país no qual a questão está sendo apreciada<sup>77</sup>.

No art. 1º, a convenção deixa claro que seu âmbito de aplicação se atém a transações internacionais, sendo aplicada apenas quando as partes contratantes estiverem estabelecidas em Estados diferentes ou as regras de DIPRI de cada país assim determinarem.

Portanto, o que a convenção visa é uniformizar o direito sobre contratos de comércio internacional, prestigiando os usos e costumes dos contratantes, conforme preceitua o art. 9º.

#### 3.2.4 Convenção de Roma sobre a Lei aplicável às Obrigações Contratuais – União Européia.

Realizada no âmbito das Comunidades Europeias, foi aberta em Roma, no dia 19 de junho de 1980, pelos nove Estados-Membros que integravam o organismo à época. Entrou em vigor no dia 1º de abril de 1991, sendo incorporada posteriormente pelos Estados que aderiam à Comunidade.

Em que pese sua abrangência restrita, a convenção representou importante passo para a modificação das regras conflituais dos países signatários, além de se aplicar a casos em que uma das partes é não-signatária e a lei aplicável é de país

<sup>76</sup> ARAÚJO, Nádia de. Op. Cit. p. 129-131.

<sup>77</sup> Ibid. p. 132.

signatário. Esta convenção, nas palavras de Araújo, “substituiu as regras internas que regulavam a lei aplicável aos contratos internacionais em cada um dos Estados contratantes”. Nesta convenção, a vontade não se expressa no sentido de localizar o contrato, mas no de escolher a lei aplicável, sendo a escolha uma norma de DIPRI e não uma lei não-estatal – como no caso dos princípios da UNIDROIT ou regras da *lex mercatoria*<sup>78</sup>.

Quanto à lei aplicável, ressalta-se da convenção o prevalectimento da autonomia da vontade, haja vista que “as partes signatárias de um contrato podem escolher o direito aplicável à totalidade ou a uma parte do contrato em questão, bem como o tribunal competente, em caso de litígio”. É possível, ainda, alterar a lei aplicável, se as partes assim acordarem. Se a definição sobre o direito aplicável não for expressa, o contrato será regulado “pela lei do país com o qual apresente uma conexão mais estreita, segundo o princípio da proximidade”, como a do local da residência habitual ou da administração central do prestador, a de seu estabelecimento principal ou a do estabelecimento que assegura a prestação etc.

Neste sentido se expressa Araújo, acrescentando que a escolha da lei não precisa ser expressa, podendo inferir-se tal desejo da intenção manifestada pelas partes<sup>79</sup>.

Também aduz que há limitação a esta autonomia da vontade, ligada à ordem pública e às normas imperativas, conforme preceitua o art. 10 da Convenção de Roma. Assim:

Como limitação a esta liberdade, tão-somente os casos em que a escolha ferir a ordem pública ou quando as regras do foro de caráter imperativo impedirem a aplicação da norma encontrada através da escolha feita pelas partes. Além disso, permite que o tribunal leve em consideração regras imperativas de um terceiro país com o qual a transação possua uma conexão próxima, bem como protege a parte mais fraca em contratos especiais como os dos consumidores e os de trabalho<sup>80</sup>.

Esta convenção, apesar de sua abrangência européia, inspira o processo de harmonização do Direito Internacional Privado.

### 3.2.5 Conferência de Haia de Direito Internacional Privado – 1986

<sup>78</sup> ARAÚJO, Nádía de. Op.Cit. 134-135.

<sup>79</sup> Ibid. p. 135.

<sup>80</sup> Ibid. p. 137.

A Convenção de dezembro de 1986, celebrada no âmbito da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado, enfocava, como a de 1955, a lei aplicável para contrato de venda internacional de bens,

Embora pretendesse substituir a anterior, esta convenção não entrou em vigor por realizar-se na mesma época da Convenção de Viena da UNCITRAL sobre Compra e Venda Internacional. Assim, “decidiu-se que essa nova convenção de Haia deveria caminhar de forma consistente com as regras uniformes da UNCITRAL, razão por que utilizou linguagem similar à de Viena em diversos aspectos”<sup>81</sup>.

No art. 1º ficou determinado o objeto da convenção: a determinação da lei aplicável aos contratos de venda de bens entre partes com locais de negócios em diferentes países ou em casos que envolvessem conflito entre leis de diferentes Estados, a menos que tal conflito não resultasse unicamente de uma estipulação pelas partes da lei aplicável, ainda que associada à designação de um juiz ou árbitro. Com relação à autonomia da vontade, o art. 7º manteve o disposto na convenção de 1955, determinando que seria aplicada a lei que as partes escolhessem. Tal escolha pode ser referente a todo o contrato ou a parte dele. Da mesma forma que a convenção de 1955, a de 1986 condicionou essa autonomia da vontade à ordem pública em seu art. 18.

### 3.2.6 Tratados de Montevideu – 1889/1890 e 1939/1940.

Estes tratados decorrerem de um congresso ocorrido em Montevideu com o objetivo de uniformizar normas da Argentina e do Uruguai, especialmente no que respeita ao direito civil internacional. As normas relativas a contratos internacionais foram estabelecidas nos arts. de 32 a 40 do tratado, definindo-se como aplicável a regra do local da execução – *lex executionis*. O princípio da autonomia da vontade não foi previsto no tratado: o que as partes escolheriam seria o local da execução do contrato, o que, conseqüentemente, determinava a lei aplicável ao mesmo. O Brasil, apesar de ter comparecido ao congresso, não concordou com suas conclusões e não firmou o tratado<sup>82</sup>.

<sup>81</sup> Ibid. p. 126.

<sup>82</sup> Ibid. p. 150-152.

Em 1939 e 1940, os tratados resultantes do congresso foram revisados no *Segundo Congreso Sul-Americano de Derecho Internacional Privado de Montevideo*, resultando no Tratado de Direito Civil de 1940, ainda em vigor na Argentina, Uruguai e Paraguai. Apesar da autonomia da vontade integrar a pauta das discussões, ela não foi contemplada no tratado, que manteve a regra do local da execução e foi aprovado de forma unânime. Também foi redigido um Protocolo Adicional proibindo expressamente a autonomia da vontade (art. 5º). Outro ponto a ser destacado refere-se ao disposto no art. 40 do tratado, que estabeleceu a regra do local da celebração do contrato se não fosse possível determinar o local de execução do mesmo. Presente, o Brasil mais uma vez não firmou o tratado. As razões, segundo Nádía de Araújo, foram três:

[...] a primeira, em face da adoção do critério do domicílio para reger o estatuto pessoal enquanto o Brasil adotava o critério da nacionalidade; a segunda, por causa da adoção da lei do local da execução para reger as obrigações, enquanto éramos partidários do sistema do local da celebração; e a terceira, pela divergência em matéria de sucessões, tendo o tratado adotado o critério da pluralidade sucessória enquanto o Brasil filiava-se à corrente universalista<sup>83</sup>.

Por meio do conteúdo desses tratados se pode ter uma idéia do teor das discussões sobre contratos internacionais e autonomia da vontade, naquela época.

### 3.2.7 Convenção Interamericana sobre o Direito Aplicável aos Contratos Internacionais – CIDIP V.

Conforme abordado anteriormente, foram criadas, no âmbito da OEA, as Conferências Especializadas Interamericanas sobre Direito Internacional Privado – as CIDIPs –, em que se firmaram convenções relacionadas ao Direito Internacional Privado. Na penúltima conferência, a CIDIP V, foi aprovado importante tratado sobre o direito aplicável aos contratos internacionais, ainda não ratificado pelo Brasil.

A convenção foi subscrita no México, em 17 de março de 1994, na V Conferência Especializada Interamericana sobre Direito Internacional Privado, e já no art. 1º deixa claro seu âmbito de aplicação: a determinação do direito aplicável aos contratos internacionais. Também ficou determinado que a aplicabilidade da convenção é facultativa, podendo as partes adotá-la ou não conforme disposição

<sup>83</sup> Ibid. p. 153-155.

contratual. A autonomia da vontade foi regulada no art. 7º da convenção, determinando-se que a lei aplicável ao contrato é a escolhida pelas partes. A escolha deve ser expressa ou, caso não conste em contrato, a lei aplicável deve restar depreendida da conduta das partes e das cláusulas contratuais. A lei aplicável pode se referir ao contrato como um todo ou a parte dele, e a escolha de um determinado foro para equacionar eventuais lides não implica a escolha da lei aplicada ao contrato. O art. 8º, por sua vez, acrescenta que as partes podem, no decorrer do contrato, submetê-lo a ordenamento jurídico diverso do que regia originalmente o contrato – o que não afetará a validade formal do contrato e nem o direito de terceiros. O art. 9º, por fim, prevê a situação em que a lei aplicável não foi estipulada do contrato, não pode ser depreendida ou é considerada inválida, determinando-se a aplicação do regime legal do Estado em relação ao qual o contrato tenha os vínculos mais estreitos. Para tanto, o tribunal levará em contas os elementos subjetivos e objetivos do contrato, bem como os princípios de direito comercial internacional aceitos pelos organismos internacionais. Apesar de prever o princípio da autonomia da vontade, a convenção o limita em seu art. 11, determinando a aplicação de normas imperativas do foro ou de outro Estado que tenha estreitos vínculos com o contrato.

No que tange ao princípio da autonomia da vontade, nas negociações da CIDIP V, Araújo afirma que “não foi objeto de muitas críticas. Muito pelo contrário, a maioria das delegações manifestou-se por sua adoção, ressaltando que a mudança era imperativa na maioria das legislações que não a possuíam”. A referida autora ainda destaca a importância da convenção, que reuniu “17 países latino-americanos e com os Estados Unidos e o Canadá, tornando-a, assim, representativa do pensamento de países cujo sistema jurídico é baseado no direito civil e no direito consuetudinário”. Por essa razão, “a convenção representa efetivamente o atual consenso existente na matéria no hemisfério americano”<sup>84</sup>.

Araújo observa também que, além de envolver o âmbito de sua própria aplicação, a convenção “inova ao estabelecer uma definição para o seu campo de aplicação espacial, o que modificará as legislações internas dos países americanos nesse sentido, quando entrar em vigor, possuindo um caráter uniformizador muito importante”<sup>85</sup>. Além disso, a autora destaca que o art. 1º da convenção define

---

<sup>84</sup> ARAÚJO, Nádia de. Op. Cit. p. 179-180.

<sup>85</sup> Ibid. p. 180.

contrato internacional, complementando as legislações a que ainda falta tal definição, como é o caso da brasileira.

Para Araújo, a adoção da regra do art. 9º traduz uma das grandes inovações da convenção, estabelecendo que, se não for possível identificar a lei aplicável pela vontade das partes, se adotará a que tiver vínculos mais estreitos com o contrato<sup>86</sup>.

Apesar de ainda não ratificada, essa convenção teve importantes repercussões no Brasil, principalmente no Projeto de Lei nº 4.905/1995. Segundo Araújo, o projeto – que foi retirado do Congresso Nacional pelo Poder Executivo – adotava o princípio da autonomia da vontade e elege, como norma subsidiária, o da lei de vínculos mais estreitos com o contrato.

Cabe ressaltar que, uma vez ratificada esta convenção pelo Brasil, o art. 9º da LICC deverá ser alterado, haja vista que não admite, de forma direta, a autonomia da vontade como regra de determinação da lei aplicável – o que é propugnado pela Convenção do México. Tal mudança não impedirá, como já exposto, a aplicação das normas imperativas e regras de ordem pública.

### **3.3 Princípios Internacionais**

#### **3.3.1 Princípios sobre Contratos Comerciais Internacionais –UNIDROIT**

O UNIDROIT foi criado em 1926, pela Liga das Nações, como órgão auxiliar. Com a dissolução da Liga, o UNIDROIT passou à categoria de instituto internacional para a unificação do direito privado, por meio de um acordo multilateral, em 1940. É uma organização não-governamental independente, com sede em Roma, que busca meios para harmonizar e coordenar o direito privado de Estados ou dos grupos de Estados, além de conduzir gradualmente as diversas nações à adoção de regras uniformes de direito privado.

O UNIDROIT iniciou, na década de 1970, estudos para o desenvolvimento de um projeto sobre princípios para os contratos comerciais internacionais. O projeto foi finalizado em 1994, resultando em um documento de 120 artigos divididos em sete capítulos. Entre 19 e 21 de abril de 2004, foi adotada pelo conselho de direção do UNIDROIT uma nova edição do documento de 1994, ao qual foram acrescentados

---

<sup>86</sup> Ibid. p. 185.



cinco novos capítulos, incluindo dispositivos sobre o comércio eletrônico, para atender as necessidades do comércio internacional.

Esses princípios podem ser aplicados não só quando as partes os elegerem, mas quando se escolhe a lei aplicável ou se faz menção a princípios gerais do direito ou *lex mercatoria*. Também podem ser utilizados como modelo para a regulamentação dos diversos Estados, dentre outras indicações (Preâmbulo). No art. 1º, item 1, o documento trata da liberdade de contratação, cabendo às partes a disposição sobre contratar e sobre o conteúdo desse contrato. Já o item 2 do art. 1º garante a liberdade de forma, não obrigando as partes a adotarem uma forma particular de contrato. No art. 1º, item 3, aborda-se o caráter vinculante dos contratos, que só pode ser modificado por vontade das partes ou outra hipótese prevista nos princípios. Finalmente, o item 4 do art. 1º trata das normas imperativas, dispondo que as mesmas, quando resultem aplicáveis por força do direito internacional privado, não serão restringidas por estes princípios, quer sejam de origem nacional, internacional ou supranacional.

A adoção dos princípios não implica sua aplicação obrigatória, o que vai depender de como a autonomia da vontade é encarada no ordenamento estatal do país onde será julgada a demanda do contrato. No Brasil, por exemplo, tais princípios serão utilizados para a solução de conflitos advindos do contrato se a lei aplicável ao mesmo – ou seja, a lei do local de constituição do contrato – permitir a autonomia da vontade.

No entanto, Araújo observa que, com o advento da Lei nº 9.307/1996 (Lei de Arbitragem) e por força do seu art. 2º, “permitindo expressamente a desnacionalização da lei aplicável, inclusive para os contratos internos, poderiam os *Princípios* popularizar-se entre nós, e constituir uma alternativa válida [...]”.

## 4 LIMITAÇÕES À AUTONOMIA DA VONTADE NOS CONTRATOS INTERNACIONAIS

Para uma melhor análise da autonomia da vontade em sua relação com os contratos internacionais, torna-se essencial o estudo dos seus limites, abordando-se as respectivas implicações na contratação internacional e os reflexos ocasionados pelas normas de ordem pública e as imperativas.

### 4.1 Considerações aos limites da autonomia da vontade na contratação internacional

A atual complexidade das relações humanas acarreta em uma série de efeitos jurídicos que merecem ser enfocados de forma isolada pelos países e de maneira coletiva pelas sociedades regionais e internacionais.

Segundo Juliano Cardoso Schaefer Martins, o Direito Internacional Privado (DIPRI) apresenta diversas concepções na análise do seu objeto. Para ele, provavelmente sob a ótica francesa, esta seja mais ampla, abrangendo a matéria sob quatro pontos, a saber: 1) a nacionalidade; 2) a condição jurídica do estrangeiro; 3) o conflito das leis e; 4) o conflito de jurisdições<sup>87</sup>.

Ainda segundo Juliano Cardoso Schaefer Martins,

No Brasil pode-se dizer que há discordância quanto a este objetivo do Direito Internacional Privado. Alguns autores entendem que o objeto se circunscreve ao conflito de leis, aceitando, todavia, que se estude a nacionalidade e a condição jurídica do estrangeiro como pressupostos didáticos da disciplina.

Porém, a denominação da disciplina sofre algumas críticas, pois, como a principal fonte do Direito Internacional Privado é a legislação interna de cada sistema, não haveria cabimento falar-se em Direito Internacional, posto que a autoria de suas regras é interna e não internacional. O DIPRI, assim, é regido pelas normas produzidas pelo legislador interno<sup>88</sup>.

No Brasil utiliza-se como denominação à ciência em destaque a de Direito Internacional Privado, que, para o entendimento de Jacob Dolinger, refere-se ao

<sup>87</sup> MARTINS, Juliano Cardoso Schaefer. *A autonomia da vontade na definição do direito material aplicável*. São Paulo: Ltr, 2008. p. 78.

<sup>88</sup> *Ibidem*. P. 78.

[...] estudo das relações jurídicas do homem na sua dimensão internacional, na defesa de seus direitos no plano extraterritorial, abrange o exame de sua nacionalidade, o estudo de seus direitos como estrangeiro, as jurisdições a que poderá recorrer a às quais poderá ser chamado, o reconhecimento das sentenças proferidas no exterior, assim como as leis que lhes serão aplicadas.

O Direito Internacional Privado não mais se restringe – como se sustentou outrora – a instituições do direito privado; atua igualmente no campo do direito público: questões fiscais, financeiras, monetário-cambiais, penais e administrativas assumem aspectos internacionais e exigem que se recorra a regras e princípios do Direito Internacional Privado<sup>89</sup>.

Como se depreende do art. 5º, II, da CF, e do art. 421 e seguintes do CC, a liberdade de contratar, como manifestação da autonomia da vontade e apesar de ser uma garantia, não é absoluta, devendo respeitar os limites legais. Desta forma, a autonomia da vontade também não é ilimitada. O art. 421 do CC é muito claro ao expressar que a liberdade de contratar deve ser exercida em razão e nos limites da função social.

Venosa destaca que a autonomia da vontade “nunca foi ilimitada, pois sempre esbarrou nos princípios da ordem pública”<sup>90</sup>.

Gomes, por sua vez, afirma que a liberdade de contratar subordina-se a duas limitações: a ordem pública e os bons costumes. Ressalta, no entanto, que é difícil conceituar rigorosamente tais limitações, podendo afirmar-se, no máximo, que elas inspiram-se em razão de utilidade social. Destarte, ao se observar a função social do contrato, observam-se a ordem pública e os bons costumes<sup>91</sup>.

Waldírio Bulgarelli acrescenta que, além dos limites impostos pela ordem jurídica à autonomia da vontade (bons costumes e ordem pública), restam as limitações antepostas “tanto pelo Poder Público, como por um dos contratantes” – o chamado “*dirigismo contratual*”. São exemplos, entre outros, os contratos de adesão. Há também os casos em que o próprio Estado impõe a obrigação de contratar – como nos serviços públicos – e os casos em que essa obrigação deriva dos monopólios de fato e de direito, além dos limites impostos à autonomia de escolher o conteúdo do contrato, como ocorre com a vedação legal de certas cláusulas, entre outros<sup>92</sup>.

<sup>89</sup> DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional privado: parte geral*. 6. ed. Ampl. E atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.1.

<sup>90</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. 2. p. 405.

<sup>91</sup> GOMES, Orlando. Op. Cit. p. 27.

<sup>92</sup> BULGARELLI, Waldírio. *Contratos mercantis*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p 63.

Quando se trata de DIPRI, a autonomia da vontade também é limitada, chegando-se a questionar mesmo se ela existe de fato, conforme o item anterior.

A principal limitação legal ao princípio da autonomia da vontade, na regulamentação brasileira do DIPRI – o que inclui convencionar um contrato internacional –, se encontra no art. 17 da LICC: “As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes”.

Um exemplo: suponha-se que determinado contrato internacional foi constituído sob a égide de uma lei que permite a escolha de qualquer ordenamento para regê-lo. Esse mesmo contrato foi ajuizado no Brasil. Assim sendo, por força do art. 9º da LICC, se aplicará ao contrato a lei do país em que foi constituído, isto é, a lei que permite a autonomia da vontade da escolha da lei aplicável. As partes, ao convencionarem o contrato internacional, decidiram-se pela lei de um terceiro ordenamento jurídico – a qual, neste exemplo, infringiria disposição de ordem pública brasileira. Assim sendo, por força do art. 17 da LICC, mesmo que a lei do país onde o contrato foi constituído permita a autonomia da vontade e possibilite a aplicação de lei estrangeira, esta não poderá ser aplicada pelo juiz brasileiro, pelo menos no que se refere à parte que atenta contra a ordem pública nacional. Este seria, de forma resumida, um dos efeitos da limitação à autonomia da vontade.

Mesmo sendo admitida a autonomia da vontade no que tange a escolha da lei aplicável aos contratos internacionais, não se pode afirmar que essa autonomia da vontade. Como já visto acima, a arbitragem também deve estar adstrita à ordem pública e os bons costumes.

Araújo destaca a “unanimidade quanto à limitação à vontade das partes em utilizar sua autonomia *contra legem*”<sup>93</sup>. O que se questiona é sobre se a medida de aplicação das normas materiais do foro pode sofrer influência do caráter internacional do contrato, bem como sua submissão ao direito estrangeiro.

Strenger condiciona a autonomia da vontade às leis imperativas e à ordem pública:

O caráter expansivo do princípio da autonomia da vontade, em que pese sua alta receptividade geral, por parte dos contratualistas do comércio internacional, não é, contudo, ilimitado. Trata-se de possibilidade que sofre resistências, no momento, insuplantáveis, do *jus cogens*. [...]

<sup>93</sup> ARAÚJO, Nádia de. Op. Cit. p. 30-31.

Entre os elementos limitadores da vontade, colocam-se as leis imperativas internas do território no qual o contrato deve ser executado, e as regras de ordem pública<sup>94</sup>.

Assim, é preciso diferenciar ordem pública e norma imperativa, bem como normas imperativas e supletivas.

## 4.2 Ordem pública e normas imperativas

Como observado, apesar de não ser considerada a autonomia da vontade na LICC, no que tange a lei de arbitragem, este princípio é respeitado, apesar de restrita pela soberania nacional, ordem pública e bons costumes. Há, contudo, outras limitantes, dentre elas a das leis imperativas – e é importante diferenciá-las do conceito de ordem pública.

Para De Plácido e Silva, por ordem pública

entende-se a situação e o estado de legalidade normal, em que as autoridades exercem suas precípuas atribuições e os cidadãos as respeitam e acatam, sem constrangimento ou protesto. Não se confunde com a ordem jurídica, embora seja uma consequência desta e tenha sua existência formal justamente dela derivada<sup>95</sup>.

Lei imperativa, por sua vez,

é a *coativa*. É a norma obrigatória, a cujo mando ninguém se pode furtar. As normas imperativas representam o *jus cogens*. E se dizem *normas preceptivas*, opondo-se às permissivas e facultativas. Na *norma imperativa*, há sempre uma ordem ou um preceito, de forma rígida<sup>96</sup>.

Para comparação, os conceitos de norma dispositiva e facultativa, segundo De Plácido e Silva:

**NORMA DISPOSITIVA.** É a que simplesmente enuncia ou fixa regra jurídica, sem coagir a vontade das pessoas, mas simplesmente cooperando com elas.

**NORMA PERMISSIVA OU FACULTATIVA.** É que atribui à pessoa a faculdade de fazer ou não fazer, ou de proceder deste ou daquele modo, ficando, pois, a forma ou a prática do ato a seu encargo<sup>97</sup>.

<sup>94</sup> STRENGER, Irineu. Op. Cit. p. 117-118.

<sup>95</sup> DE PLÁCIDO E SILVA. Op. Cit. p. 652.

<sup>96</sup> Ibidem. p. 558.

<sup>97</sup> DE PLÁCIDO E SILVA. Op. Cit. p. 558.

Desse modo, quando se fala em obrigatoriedade de aplicação, diz-se de normas de ordem pública e de normas imperativas. Somente estas podem limitar a vontade das partes, sendo aplicadas pelo tribunal que aprecia causa relacionada a determinado contrato, mesmo que a lei aplicável não o determine. As normas facultativas ou dispositivas, por sua vez, não implicam tal obrigatoriedade, podendo ser ou não aplicadas ao caso, conforme vontade das partes.

Ao abordar este aspecto com base na lei brasileira, Strenger alinha dois princípios – o da ordem pública e o da fraude à lei – “como obstáculos ao prevailecimento das estipulações convencionais livres, tendo como causa normas supletivas ou imperativas”.

As partes fraudam a lei quando decidem pela aplicação de um direito diverso daquele que deveria regular o contrato, via de regra para aproveitarem-se de uma lei mais favorável e escapar da norma imperativa que deve ser aplicada. Nos termos do autor:

Analiticamente considerada, a fraude à lei na esfera internacional consiste na conversão pelas partes das características de um tipo legal, contrariando sua teleologia, de modo a tornar atos jurídicos em negócios jurídicos, aplicando um direito civil que difere do direito coativo, que seria o aplicável com anterioridade legítima<sup>98</sup>.

Partindo de tal princípio, Strenger esclarece que o país fraudado não pode tolerar que sua lei imperativa seja desobedecida por meio de uma manobra para a aplicação de lei estrangeira<sup>99</sup>, referindo a posição de dois internacionalistas – Niboyet e Caleb – que tratam da diferenciação entre fraude à lei e ordem pública. Niboyet identifica um parentesco entre a teoria da fraude à lei e a ordem pública, tendo em vista que a primeira intervém como uma sanção das leis imperativas, no intuito de preservar a autoridade internacional das leis nacionais. Caleb, por sua vez, afirma que a teoria da fraude à lei integra a teoria geral das leis imperativas, enquanto ordem pública tem caráter excepcional, “tomando parte no jogo normal das regras de solução dos conflitos de leis”. Contudo, o autor afirma ser possível conciliar os dois conceitos, já que a ação para escapar das leis imperativas constitui uma perturbação social e deve ser reprimida, por respeito à ordem pública<sup>100</sup>.

---

<sup>98</sup> STRENGER, Irineu. Op. Cit. p. 167.

<sup>99</sup> Ibid. p. 170.

<sup>100</sup> STRENGER, Irineu. Op. Cit. p. 171.

Alguns autores, além disso, defendem a existência de duas esferas de ordem pública – a nacional e a internacional, sendo ordem pública nacional a que deve ser honrada por todos os “indivíduos residentes ou domiciliados no Estado, que sejam nacionais em outro Estado, e aos estrangeiros domiciliados no Estado onde subsiste a lei de ordem pública”. Outra corrente doutrinária, ao contrário, afirma existir apenas uma ordem pública e que ela jamais pode ceder ao direito estrangeiro.

Strenger, ao destacar a complexidade na identificação e conhecimento do exato conteúdo da “ordem pública interna e internacional, de cada Estado, concernente ao contrato”, ressalta a necessidade de se estabelecer, “com precisão, a hoje reconhecida distinção entre ordem pública internacional e ordem pública interna”. Adere, assim, à corrente que defende a existência de duas ordens públicas<sup>101</sup>.

Sobre a complexidade da ordem pública, afirma:

A ordem pública não é determinável por meio de elencos, e nem é possível adotar métodos analógicos e critérios aproximativos. A verdade é que cada Estado estabelece sua ordem pública, e os tratados internacionais porventura existentes não têm força, a não ser em virtude da adesão dos Estados<sup>102</sup>.

Assim, a ordem pública internacional à qual um Estado adere tem efeito completo, “mais quando se trata de impedir um direito de nascer do que quando se trata de reconhecer efeito a direito adquirido no estrangeiro”. Na opinião de Strenger, “a ordem internacional prevalece em função de declaração expressa de Direito Interno, ou seja, é preciso reconhecer a validade da ordem pública internacional para que esta seja eficaz”. A ordem pública interna, por sua vez, deve interferir quando se trata do direito escolhido pelas partes<sup>103</sup>.

Além da ordem pública, este autor ressalta a importância das leis imperativas, que existem ao lado daquela e limitam a autonomia da vontade:

Ao lado das chamadas regras de ordem pública, existem as denominadas leis imperativas, que atual à medida que um dos elementos da relação jurídica contratual se localiza dentro do território, não obstante a submissão do contrato a uma lei estrangeira, por acordo de vontades. É o que normalmente ocorre com as cláusulas ligadas a disposições do Direito do Trabalho<sup>104</sup>.

---

<sup>101</sup> Ibid. p. 119.

<sup>102</sup> Ibid. p. 119.

<sup>103</sup> Ibid. p. 119-120.

<sup>104</sup> STRENGER, Irineu. Op. Cit. p. 120.

Strenger conceitua ordem pública como sendo “o conjunto de normas e princípios que, em um momento histórico determinado, refletem o esquema de valores essenciais, cuja tutela atende de maneira especial cada ordenamento jurídico concreto”. Com base nesta conceituação, é possível destacar alguns elementos caracterizadores dos conceitos da própria ordem pública e de normas imperativas. Ao falar-se em ordem pública, diz-se de um conjunto de normas e princípios em que as primeiras dizem respeito às normas imperativas em si. Nas palavras do próprio Strenger:

Quando a ordem pública se plasma em *normas*, estamos perante a dimensão positiva do ecanismo, cuja operatividade se traduz na aplicação direta aos pressupostos internacionais daqueles preceitos da *lex fori* que incorporam em sua a definição desses valores essenciais.

Estamos ante as chamadas normas de ordem pública de aplicação imediata ou necessária, ou normas imperativas<sup>105</sup>.

Já quando o autor fala de princípios, enfoca algo distinto, que envolve tanto a regulamentação determinada por uma instituição jurídica quanto as bases axiológicas de um dado sistema. Portanto,

no caso dos *princípios*, a operatividade da ordem pública é distinta. Com efeito, nele se encarna o esquema de valores que impregna, de um lado, a regulamentação dada a determinada instituição jurídica, e, de outro, o conjunto de bases axiológicas que aparecem resguardadas em um dado sistema. [...] <sup>106</sup>.

Em terceiro lugar, ao se tratar de ordem pública, fala-se acerca de valores importantes para uma sociedade. Strenger situa estes valores numa tripla dimensão:

- a) a que se refere ao caráter absolutamente essencial que reveste a manifestação axiológica de tais princípios ou normas, para que possa atuar esse mecanismo de defesa da *lex fori*;
- b) a que atende à vertente de sua operatividade, reduzindo-se esta aos pressupostos nos quais se produza choque frontal entre os valores definidos pela *lex fori* e a lei estrangeira;
- c) a que aponta a concreção de seus efeitos nos aspectos efetivamente afetados por tal oposição.<sup>107</sup>

Por fim, Strenger situa o conteúdo dessa ordem pública como resultante de um determinado momento histórico, que influencia valores importantes de um ordenamento jurídico. Daí a dificuldade para se identificar os preceitos de ordem

<sup>105</sup> Ibid. p. 125.

<sup>106</sup> Ibid. p. 125.

<sup>107</sup> STRENGER, Irineu. Op. Cit. p. 125.



pública, ressaltando-se a importância da interpretação do juiz que julgará o caso. Portanto,

com independência dos dados temporais que manifeste o pressuposto fático considerado, os valores que podem excepcionar o jogo normal do Sistema de Direito Internacional Privado do foro são aqueles que têm plena vigência no momento em que o intérprete jurídico atende à regulamentação ou valoração do pressuposto internacional em análise<sup>108</sup>.

Assim, tanto os princípios como as normas imperativas são considerados elementos de ordem pública, exprimindo os valores importantes de um ordenamento jurídico em um determinado momento histórico, que são aplicados por meio da interpretação dos juízes do foro.

De outra parte, muito se discutiu, nos organismos competentes, sobre a instituição de uma ordem pública internacional aceita e reconhecida por todos os países do mundo.

Um exemplo é a Convenção de Viena sobre Tratados que, em seu art. 53, refere-se à norma imperativa internacional, também chamada de *jus cogens*, nos seguintes termos:

Tratado em Conflito com uma Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (*Jus Cogens*)  
É nulo o tratado que, no momento de sua conclusão, conflita com uma norma imperativa de direito internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de direito internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu conjunto, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por nova norma de direito internacional geral da mesma natureza<sup>109</sup>.

Embora o dispositivo conceitue norma imperativa internacional, sua aplicabilidade e o consenso acerca do que é considerado “norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional” e que só poderá “ser modificada por nova norma de direito internacional geral da mesma natureza”, revelam-se bastante complexos. Esta complexidade reside não apenas na relatividade em torno do que pode ser considerado valor imperativo protegido pela ordem pública, mas no fato de que sua efetivação depende tanto de sua inclusão na ordem pública interna quanto de sua aplicabilidade pelo juiz do foro. Neste sentido, afirma Strenger:

<sup>108</sup> Ibid. p. 126.

<sup>109</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, 1969.

Naturalmente a concreção do sentido e alcance dessa *ordem pública internacional* corresponde a cada sistema jurídico, já que são os juízes estatais os que determinam a medida em que aceitam sua existência e quais são os princípios que integram seu conteúdo. Por conseguinte, é necessário manter uma visão restrita da operatividade e grau de desenvolvimento dessa acepção internacional da ordem pública<sup>110</sup>.

Portanto, de acordo com Strenger, não obstante o art. 17 da LICC referir apenas ordem pública, bons costumes e soberania e não considerar expressamente as leis imperativas como limitantes, estas são formadas pela ordem pública – na medida em que impedem, também, a fraude à lei – e devem ser respeitadas da mesma forma que as normas de ordem pública.

Vale destacar que o Brasil é signatário da CIDIP II (analisada no item 2.1.1), que estabelece, nos arts. 5º e 6º, limitações à aplicabilidade de lei estrangeira se a mesma ferir a ordem pública ou burlar princípios fundamentais da lei. Assim, as leis imperativas devem ser consideradas limitantes da autonomia da vontade das partes em contratos internacionais.

Da mesma forma, mesmo sendo a autonomia da vontade aceita pela Lei de Arbitragem, esta também a limita pela ordem pública.

Portanto, mesmo que se escolha lei estrangeira para regulamentar algum litígio, mesmo que seja por meio de arbitragem, esta deverá respeitar a ordem pública e as normas imperativas.

---

<sup>110</sup> STRENGER, Irineu. Op. Cit. p. 130.

## CONCLUSÃO

A presente monografia teve como escopo analisar importante tema do Direito Internacional Privado que é a relação entre o princípio da autonomia da vontade e o contrato internacional.

Para melhor estudar o tema, no primeiro capítulo foram feitas considerações acerca do contrato internacional, tais como sua diferenciação do contrato de direito interno, seu conceito, sua gênese e cláusulas típicas, como eleição de foro e cláusula de arbitragem, e condições.

Posteriormente foi analisado o princípio da autonomia da vontade e sua relação com o contrato internacional, tema desta dissertação.

Sobre o princípio da autonomia da vontade se concluiu que se trata da liberdade que as pessoas contratantes têm para delimitar o conteúdo do contrato, incluindo a lei aplicável.

No direito internacional privado brasileiro, o princípio da autonomia da vontade é limitado pelas regras de conflito, as quais ditam serem as obrigações dirigidas pelas normas do local onde foram constituídas. Assim, não é passível de autonomia da vontade no que se refere à escolha da lei aplicável pelo DIPRI brasileiro. No caso de contrato entre ausentes, reputa-se constituída a obrigação no local do domicílio do proponente (art. 9º da LICC).

Se o contrato for submetido à arbitragem será possível exercer o princípio da autonomia da vontade quanto à lei aplicável, contudo esta deverá respeitar a ordem pública brasileira e estar delimitada ao direito patrimonial disponível.

Por força do art. 13 da LICC c/c art. 6º do Decreto nº 1.979/1996 e art. 1º e 2º, da Lei de Arbitragem, são considerados limites à autonomia da vontade as normas de ordem pública e as imperativas, por configurarem uma garantia de não fraudar a lei e de proteger-lhe os princípios fundamentais.

Após as considerações realizadas na presente dissertação, conclui-se que estamos diante de mais uma necessidade de modernização e uniformização de todo o direito internacional privado, principalmente no que concerne aos contratos internacionais e à arbitragem internacional, uma vez que a sociedade global encontra-se cada vez mais interligada e interdependente e faz-se necessário que o direito acompanhe tal integração com a mesma intensidade e velocidade.

É fundamental que uma atitude efetiva e global seja dirigida por toda sociedade, principalmente pelos legisladores e operadores do direito, para que, em uma união de esforços, possa ocorrer a uniformização do ordenamento jurídico internacional, de forma constante e efetiva.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAÚJO, Nádia de. **Contratos internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais**. 2. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 352.
- BAPTISTA, Luiz Olavo. **Dos contratos internacionais: uma visão teórica e prática**. São Paulo: Saraiva, 1994. 222 p.
- BULGARELLI, Waldírio. **Contratos mercantis**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999. 699p.
- CASTRO, Amílcar de. **Direito internacional privado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. 629 p.
- DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário jurídico**, 21. ed. Atual. de Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 877 p.
- DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional privado: parte geral**. 6. ed. Ampl. E atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 480 p.
- GOMES, Orlando. **Contratos**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. 582 p.
- LEE, João Bosco. **Arbitragem comercial internacional nos países do mercosul**. Curitiba: Juruá, 2002. 447 p.
- MARTINS, Juliano Cardoso Schaefer. **A autonomia da vontade na definição do direito material aplicável**. São Paulo: Ltr, 2008. 149 p.
- NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1. 698 p.
- PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito internacional privado**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1935.p.
- RODAS, João Grandino. Elementos de conexão do direito internacional privado brasileiro relativamente às obrigações contratuais. **Contratos internacionais**. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: RT, 1995. 303 p.
- ROVIRA, Suzan Lee Zaragoza de. Estudo comparativo sobre os contratos internacionais: aspectos doutrinários e práticos. In: RODAS, João Grandino (Coord.). **Contratos internacionais**. 2. ed. Rev.e ampl. São Paulo: RT, 1995. 303 p.
- STRENGER, Irineu. **Contratos internacionais do comércio**. 3.ed. São Paulo: LTR, 1998. 824 p.
- TENÓRIO, Oscar. **Direito Internacional Privado**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954. 511p.

VALLADÃO, Haroldo. **Direito internacional privado**. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1971. 623 p.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 656 v. 2.