

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA – UNICURITIBA**

ALINE BEATRIZ MAUL COUTINHO

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

**CURITIBA
2021**

ALINE BEATRIZ MAUL COUTINHO

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

**Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito do Centro
Universitário Curitiba.**

Orientador: Eros Belin de Moura Cordeiro

**CURITIBA
2021**

ALINE BEATRIZ MAUL COUTINHO

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

Monografia apresentada como requisito parcial para abstenção do grau de Bacharel em Direito do Centro Universitário Curitiba, pela Banca Examinadora formada pelos professores:

Orientador: _____

Prof. Membro da Banca

Curitiba, de de 2021

Aos meus pais, Edward e Claudete por estarem sempre ao meu lado me apoiando e encorajando.

A minha avó Ingrid por todo o amor e carinho durante toda a faculdade.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por ter me dado forças para concluir essa jornada tão importante.

À minha família que amo tanto por sempre acreditar em mim e incentivar meus sonhos, além de apoiar minha trajetória acadêmica sempre me ajudando em tudo que possível. Em principal quero agradecer meus pais e minha avó que em todos os momentos estiveram ali para tudo o que eu precisasse.

As minhas amigas, pelas palavras de incentivo durante o processo de escrever presente pesquisa.

As amigas da faculdade, principalmente a Ana Paula e a Dayana, que fizeram esses cinco anos de faculdade muito mais divertidos e por passarem por esse processo junto comigo, em que nos ajudávamos e apoiávamos em todas as matérias durante o curso.

Também a todos os professores do Centro Universitário Curitiba, em especial aos que me deram aula, por trazerem tanto conhecimento em sala de aula.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo a análise do princípio da autonomia da vontade na escolha da lei aplicável aos contratos internacionais. Para tanto, primeiramente realiza-se a conceituação de contrato internacional, entendendo os critérios da internacionalidade e os elementos de conexão, esses que dão ao contrato o aspecto internacional. Logo após parte-se para o estudo do princípio da autonomia da vontade em si, trazendo uma abordagem quanto ao conceito desse princípio e sua diferença ante ao Direito interno e Direito internacional, e os limites que este encontra no ordenamento jurídico brasileiro. Analisa-se a aceitação da autonomia da vontade como elemento de conexão perante ao Direito brasileiro, comentando-se de forma resumida quanto o entendimento doutrinário quanto ao tema. Passando rapidamente quanto outros pontos relevantes ao tema. Por fim, é feito apontamentos quanto a escolha da lei na arbitragem, levantando-se pontos favoráveis e contrários a escolha dessa forma de resolução de conflito.

Palavras-Chave: Autonomia da vontade; Contratos internacionais; Legislação aplicável; Direito Internacional Privado

ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyze the principle of party autonomy choice of law in international contracts. The study presents an approach of conceptualization of international contracts, internationality criteria and connecting elements, which give the contract the international aspect. It is analyzed the principle of party autonomy, bringing an approach to the concept of this principle and its difference before domestic Brazilian law and international law, and the limits in the Brazilian legal system. It is analyzed the treatment that Brazilian legislation gives the theme and what is found in doctrine. Finally, notes are made regarding the choice of law in arbitration, raising favorable and contrary points to the choice of this form of conflict resolution.

Key words: Party autonomy; International contracts; Conflict of Laws

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 DOS CONTRATOS INTERNACIONAIS	11
2.1 CONTRATOS INTERNOS E INTERNACIONAIS	11
2.2 CRITÉRIOS DA INTERNACIONALIDADE	12
2.2.1 Critério econômico	12
2.2.2 Critério jurídico	13
2.2.3 Critério eclético	14
2.3 CRITÉRIO DA INTERNACIONALIDADE NO BRASIL	16
2.4 ELEMENTOS DE CONEXÃO DOS CONTRATOS INTERNACIONAIS	16
2.4.1 Lugar de celebração	18
2.4.2 Lugar de execução	19
2.4.3 Domicílio	20
2.4.4 Nacionalidade	21
2.4.5 Territorialidade	21
3. O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE	23
3.1 A AUTONOMIA DA VONTADE NO DIREITO INTERNO	23
3.2 A AUTONOMIA DA VONTADE NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO	24
3.3 DOCTRINAS HISTÓRICAS E DIREITO COMPARADO	26
3.3.1 A autonomia da vontade como escolha da lei aplicável na Common Law	28
3.3.2 A autonomia da vontade como escolha de lei aplicável nos países do Mercosul	31
4. LIMITES A APLICAÇÃO DA LEI ESTRANGEIRA	34
4.1 ORDEM PÚBLICA	34
4.2 NORMAS IMPERATIVAS	35
5. AUTONOMIA DA VONTADE COMO ELEMENTO DE CONEXÃO NO BRASIL	37
5.1 LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL DE 1916	37
5.2 LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO DE 1942	39
5.3 DIVERGÊNCIAS DOCTRINÁRIAS	44
5.4 DEMAIS DISPOSIÇÕES QUANTO AO TEMA	47
5.4.1 Convenção Interamericana sobre Direito Internacional Privado	47
5.4.2 Protocolo de Buenos Aires	50
6 A ARBITRAGEM COMO ESCOLHA DA LEI APLICÁVEL	52
6.1 ESCOLHA DA LEI APLICÁVEL ÀS ARBITRAGENS INTERNACIONAIS	54
6.2 ESCOLHA DA LEI APLICÁVEL ÀS ARBITRAGENS INTERNAS	59
6.3 VANTAGENS E DESVANTAGENS DA ADOÇÃO DA ARBITRAGEM	61
7 CONCLUSÃO	65
REFERÊNCIAS	67

1 INTRODUÇÃO

Entende-se que o início da globalização, embora exista discordâncias, surgiu durante o século XV no período mercantilista, com a expansão marítima europeia. Desde então, esse fenômeno de integração passou por várias transformações até chegar ao estágio atual.

O momento em que vivemos hoje se entende como sendo a quarta fase da globalização, esta que começou em 1989, após a queda do muro de Berlim, com destaque ao período pós Segunda Guerra Mundial. Isso porque houve um avanço do sistema capitalista para grande parte do mundo e assim uma consolidação total do sistema de globalização.

Este aumento de relação entre países gerou uma necessidade de expansão de mercado, que acabou por conduzir as nações à abertura econômica para produtos estrangeiros e assim conseqüentemente uma expansão do comércio mundial.

Com a expansão da economia no contexto multipolar ocorreu a indispensabilidade de políticas reguladoras, a fim de facilitar e assegurar as trocas comerciais entre diferentes países e solucionar possíveis conflitos de interesses.

O principal instrumento para que ocorra a regulação dessas trocas comerciais é através de contratos. Mais especificamente os contratos internacionais, já que, nesse contexto, a relação jurídica está conectada a mais de um ordenamento jurídico.

Todavia, quando celebrado um contrato internacional, uma questão levantada é: qual legislação é aplicável a este? Pois de forma diversa dos contratos internos, esses em que apenas um único ordenamento jurídico recai sobre a tratativa, o contrato internacional está sobre a observância de duas ou mais legislações.

Dessa forma, o presente trabalho visa analisar essa questão, especialmente ao viés do princípio da autonomia da vontade, esse que delibera sobre a liberdade de contratar das partes integrantes de uma relação jurídica. Esse princípio se encontra muito presente não só no direito brasileiro, mas também na legislação interna de diversos países.

Acontece que, quando se fala de tal tema no direito brasileiro se encontra um empasse quanto a aceitação da autonomia da vontade na escolha da lei, já que, pela leitura da lei seca tal a escolha da lei aplicável não pode acontecer.

Para tanto, no primeiro capítulo pretende-se detalhar o que a legislação e os doutrinadores entendem como contrato internacional, compreendendo sua diferença na Teoria Geral dos Contratos e no Direito Internacional Privado.

Relatando ainda sobre os critérios de internacionalidade e os elementos de conexão dos contratos internacionais, elementos esses que fazem um contrato ser entendido como tendo natureza internacional ou não.

No segundo capítulo pretende-se conceituar o princípio da autonomia da vontade, destacando sua diferença na Teoria Geral dos Contratos e no Direito Internacional Privado. Sendo feitos breves comentários acerca da origem e evolução de tal princípio na seara dos contratos internacionais, bem como sua consagração em ordem internacional.

Sendo mencionado ainda sobre os limites da aplicabilidade da lei estrangeira, pois embora consagrado em ordem internacional, a autonomia da vontade não é um princípio absoluto, já que quando escolhida uma lei para reger um contrato internacional deve ser observado se são respeitados o princípio da ordem pública e as normas imperativas.

Ainda em tal capítulo será feita uma análise quanto a legislação brasileira e a adoção da autonomia da vontade como elemento de conexão. Fazendo-se um estudo à lei de introdução ao código civil de 1916 e, logo após, passando para a análise do atual cenário da Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro, o art.9º da referida lei comporta diversas interpretações.

No terceiro e último capítulo será relatado quanto o instituto da arbitragem, esse que expressamente aceita a escolha da lei estrangeira para a resolução do conflito. Sendo exposto em tal capítulo a escolha da lei na arbitragem internacional e arbitragem interna.

Ainda é relatado quanto as vantagens e desvantagens da arbitragem, momento em que se ressalta a celeridade do processo arbitral, demonstrando também críticas quanto a essa escolha.

2 DOS CONTRATOS INTERNACIONAIS

Para começar nosso estudo primeiramente é necessário entender o que define um contrato, sendo ele de caráter interno ou internacional, para que após, se tenha uma distinção entre eles e um estudo aprofundado nos contratos de caráter internacional.

Para Orlando Gomes, o contrato é todo aquele negócio jurídico, bilateral ou plurilateral, que se forma pelo concurso de vontades, ou seja, é o acordo de vontades que gera um efeito obrigacional¹. É criado pelo encontro de duas declarações de vontades convergentes, emitidas, com o objetivo de regular, construir ou extinguir uma relação jurídica entre as partes.

Entende-se então que os contratos são a formalização da vontade que acaba por cominar em uma relação jurídica, tendo como efeito a geração de direitos e obrigações.

O contrato é “o acordo de vontades para o fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir um direito. É considerada como fonte das obrigações, em primeiro lugar, a lei e, em segundo, a vontade das partes”².

Assim, é possível de se observar pelo entendimento dos doutrinadores, que para a formação de um contrato é necessário, além da expressa vontade das partes, a efetivação do negócio jurídico, esse que conseqüentemente ocasiona um contrato, podendo ele ser formal ou tácito.

2.1 Contratos Internos e Internacionais

Ao se falar de contratos internos estamos se referindo a uma relação jurídica em que todo o objeto contratual e todos os elementos se encontram sob a subordinação de um único ordenamento jurídico, desta forma tanto a formação, quanto o aperfeiçoamento e os efeitos jurídicos acabam por se sujeitar apenas a leis e normas de um único país.

Em suma, os contratos internos são regulados pela legislação de seu país, ou seja, contratos brasileiros serão coordenados pelo Direito brasileiro, assim como contratos de demais países serão organizados pela legislação do devido país.

¹ GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 10.

² VEIGA, Cecília M. **Contratos**. São Paulo: Desafio Cultural, 2001, p. 17.

Em geral, as leis são bem claras sobre a regularização dos diversos tipos de contratos internos existentes, como compra e venda, empréstimo, mútuo, entre outros. Porém ao se falar de contratos internacionais ainda não existe, no ordenamento jurídico brasileiro, norma específica que defina e caracterize a internacionalidade do contrato, ou seja, quando ele será definido como sendo de caráter internacional.

Luiz Olavo Baptista relata que a relação jurídica contratual pode estar em contato com mais de um sistema jurídico ou então apenas com um único sistema, em virtude tanto de elementos subjetivos ou objetivos. No primeiro caso o contrato será entendido como internacional, já no segundo será puramente nacional³.

Pode ser considerado internacional os contratos que apresentarem conexão com ao menos mais de um ordenamento jurídico, enquanto se consideram contratos internos aqueles cujo elementos adstringem-se a apenas um Estado.

2.2 Critérios da Internacionalidade

Como dito anteriormente para que se entenda um contrato como sendo de caráter internacional é necessário que se esse tenha uma relação com dois ou mais Estados.

Porém, a caracterização do contrato internacional não é tão simples, pois, não havendo parâmetros legais, a internacionalidade contratual é identificada a partir de traços básicos presentes no contrato.

Na busca desses elementos caracterizadores, a doutrina se multiplica para explicar quais critérios devem ser observados quando nos deparamos com a necessidade de determinar a internacionalidade do contrato.

De acordo com Luiz Olavo Baptista essas características podem ser classificadas de acordo com três grandes grupos, sendo a primeira conforme o ângulo econômico, o segundo pelo foco jurídico e a terceira propõe uma resposta eclética, que busca evitar as críticas e deficiências existentes nas categorias anteriores⁴.

2.2.1 Critério econômico

³ BAPTISTA, Luiz Olavo. **Contratos Internacionais**. 1. ed. Porto Alegre: LEX Magister, 2010, p. 37.

⁴ BAPTISTA, 2010, p. 21.

Nessa categoria se encara os contratos internacionais como sendo todos aqueles em que se tem movimentação de bens ou serviço entre dois sistemas, ou seja, aquele em que se tem a movimentação econômica entre dois ou mais países. Esse fluxo e refluxo de bens através da fronteira destaca o caráter econômico da teoria.

O critério econômico foi estabelecido a partir de razões formuladas pelo procurador Matter, em 1927, na corte de Cassação Francesa, isso pois, em um caso referente a obrigações locatícias, em que um inglês teria alugado um imóvel a um francês, foi-se discutido se a lei aplicada seria a francesa ou a inglesa. Matter alegou que como não chegou a ocorrer troca de mercadoria ou dinheiro entre fronteiras, a lei aplicada deveria ser a francesa, levando - se em conta que se a formação do negócio se deu na França e não tendo ocorrido a necessária movimentação financeira entre os dois sistemas jurídicos o contrato não teria caráter internacional.

Esse entendimento foi mantido durante anos, porém, tempo depois entendeu-se que tal critério era rigoroso demais para conter a realidade. E em acórdão decisório, os juízes da corte de cassação francesa entenderam que o caráter internacional de uma operação não dependeria apenas do domicílio das partes ou então do local de seu cumprimento, mas sim de todos os elementos que entram em linha de conta que comportaria um caráter capaz de ultrapassar o quadro econômico interno.

Essa decisão entende que cabe ao intérprete analisar estabelecer quais são os relevantes elementos de conexão capazes de determinar a internacionalidade do contrato em questão. Diversas convenções internacionais tentaram criar outros critérios que fossem mais precisos e seguros para essa determinação de internacionalidade, buscando assim enquadramento jurídico e não o factual, esse que era o critério usado no caráter econômico.

2.2.3 Critério Jurídico

O segundo critério apresentado entende que, para o contrato ter o elemento internacional é necessário que este esteja atrelado a dois ou mais Estados por elementos característicos dos contratos. Para Batiffol:

(...) um contrato tem caráter internacional quando, pelos atos concernentes à sua celebração ou sua execução, ou a situação das partes quanto à sua

nacionalidade ou seu domicílio, ou a localização de seu objeto, ele tem liame com mais de um sistema jurídico.⁵

Em suma, percebe-se que o entendimento do critério jurídico é que para um contrato ser entendido como internacional ele precisa ter algum de seus elementos característicos, como lugar de formação, lugar de execução, domicílio das partes, entre outros, capazes de demonstrar a ligação desse acordo entre dois Estados.

O autor Alberto Xavier, baseando-se em Elk e Rabinovitch, prega que os contratos internacionais devem ser divididos em duas categorias, os objetivamente internacionais e os subjetivamente internacionais⁶. Segundo o próprio autor no primeiro grupo englobaria “operações intrinsecamente internacionais como a exportação, o financiamento da exportação e a compra e venda de câmbio”⁷. Já no segundo grupo aquelas que tem como objetivo qualquer operação cujo caráter internacional derive do fato de uma das partes residir no exterior, demonstrando ai seu caráter jurídico.

Nádia de Araujo ensina que o excessivo formalismo da aplicação das normas de conexão está sendo superado pela ideia de lugares comuns, e pelas resoluções substanciais e flexíveis. Para isso cita como exemplo a Convenção de Roma sobre a lei aplicável às obrigações internacionais, que adotou a regra dos vínculos mais estreitos⁸.

Nesse ponto é necessário salientar que mesmo com esses entendimentos a principal característica do contrato internacional é sua vinculação a um ou mais sistema jurídico estrangeiro, devido nacionalidade de partes, local de execução da obrigação contratualmente avençadas e outras características já mencionadas. Dessa forma, o critério jurídico se funda principalmente nessa ideia.

2.2.3 Critério Eclético

⁵ BATIFFOL, Henri. Remarques sur l'opposition des directives aux règles em droit international prive. *In L'Unificazione del diritto Internazionale privato e processuale*: studi in memori di Mario Giuliano. Padova: Cedam, 1989.

⁶ XAVIER, Alberto. Validade e Clausula em Moedas Estrangeiras nos Contratos Internos e Internacionais. *in* XAVIER, A.; SILVA, I. Granda Martins da (Coords). **Estudos jurídicos sobre o investimento internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 21.

⁷ XAVIER *in* XAVIER; SILVA; loc. cit.

⁸ ARAÚJO, Nadia de. **Direito Internacional Privado**: teoria e prática brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 14.

O critério eclético é o predominante no Brasil e no exterior, pelo fato de que muitas vezes apenas as soluções doutrinárias não são suficientes e as fórmulas tradicionais são restritas.

Nesse critério se entende que, a diferença quanto a classificação contratual muitas vezes decorre da natureza do contrato, pois os elementos que os identificam como economicamente internacional, nem sempre são significativos para o entender como juridicamente internacional. Esse critério busca analisar tanto o critério econômico quanto o jurídico, a fim de determinar se o contrato é internacional ou não.

Nesse caso o elemento principal é a estraneidade.

Por esse motivo alguns contratos são aceitos como internacional de imediato, enquanto outros logo são classificados como internos. Os que acabaram por não se enquadrar contiguamente em nenhum dos dois casos devem ser apreciados por um juiz, e este ficará encarregado de determinar se o seu sistema jurídico tem ou não caráter internacional.

Irineu Strenger defende este critério:

São contratos internacionais do comércio todas as manifestações bi ou plurilaterais de vontade livre das partes, objetivando relações patrimoniais ou de serviços, cujos elementos sejam vinculantes de dois ou mais sistemas jurídicos extraterritoriais, pela força do domicílio, nacionalidade, sede principal do negócio, lugar do contrato, lugar de execução, ou qualquer circunstância que exprima um liame indicativo de Direito aplicável.⁹

Em relação a essa posição também se tem a fala de José Maria Rossani Garcez, que em posição a Strenger, comentou:

(...) Strenger faz referência a que constituiria um chauvinismo pensar que a distinção entre os denominados contratos internos e contratos internacionais dependeria unicamente de fatores geográficos. Apresenta ele a evidência de que um contrato caracteriza-se como internacional não só quando coloca na relação jurídica elementos estrangeiros, mas quando reflete, em sentido amplo, a consequência do intercâmbio entre Estados e pessoas em diferentes territórios (...)¹⁰

Percebe-se, pela diversidade de critérios apontados, que existe certa dificuldade em caracterizar com precisão se um contrato é internacional. Para Luiz

⁹ STRENGER, Irineu. **Contratos Internacionais do Comércio**. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

¹⁰ GARCEZ, José Maria Rossani. **Contratos Comerciais Internacionais**. São Paulo: Saraiva: 1995.

Olavo Baptista “No fundo trata-se de uma questão de sensibilidade e política legislativa, portanto, subjetiva e mutável”¹¹.

O que se pode observar é que uma relação jurídica pode estar em contato com mais de um sistema jurídico, através de seus elementos, ou então, apenas um.

Por esse motivo o caráter internacional do contrato se determina com base em análise ao caso concreto, segundo critérios flexíveis. Assim, se pode determinar a importância relativa do elemento estrangeiro naquela relação.

2.3 Critérios da Internacionalidade no Brasil

Como dito anteriormente, no Direito brasileiro não se tem previsão exata sobre a definição dos contratos internacionais, porém se tem artigos em que se pode observar e amoldar os critérios, acima mencionados, de um contrato com caráter internacional.

Um exemplo disso é o art. 2º do Decreto-lei nº 857 de 1969, que dispõe sobre a utilização de moeda estrangeira em pagamento às obrigações contratuais. O primeiro inciso se refere ao fluxo e refluxo através da fronteira, observamos aqui caráter econômico. Já os incisos quarto e quinto atendem ao caráter jurídico, já que mencionam o domicílio das partes.

O ecletismo nesse caso resta evidente, pois, sendo em alguns casos critérios econômicos e em outros critérios jurídicos, para sanar qualquer dúvida seria necessária a análise de cada caso em particular.

Essa análise deve ser feita considerando principalmente, as circunstâncias de formação, seu conteúdo e efeitos.

2.4 Elemento de conexão dos contratos internacionais

Tendo ocorrido o esclarecimento quanto a determinação sobre a internacionalidade do contrato, percebe-se que o critério mais aceito é o eclético, esse que como já mencionado, adota a ideia da necessidade da análise ao caso concreto. Examinando o contrato em si e verificando tanto os elementos econômicos quanto os jurídicos.

¹¹ BAPTISTA, 2010, p. 27.

As características a serem analisadas pelo juiz, a fim de identificar a internacionalidade do contrato, são as circunstâncias da formação, o conteúdo e os efeitos das obrigações criadas. Esse processo deve ser feito mediante a determinação das leis que regerão esses aspectos. Já a escolha da lei aplicável ao contrato opera mediante diferentes critérios, mediante elementos de conexão.

Luiz Olavo Baptista menciona em seu livro que a aplicação do direito estrangeiro em convenções e contratos são técnicas antigas, nascidas com o comércio internacional, em que fenícios, gregos, persas, assírios e romanos já utilizavam¹².

Após o grande aumento das relações econômicas internacionais, começaram também a aparecer problemas ligados a práticas dos contratos internacionais. Como se um contrato pode estar ligado a dois sistemas jurídicos, qual deles estabelecerá suas regras? Ou então qual o papel que a autonomia da vontade estabelece nesse momento?

Antes de se analisar a fundo sobre a autonomia da vontade como escolha da lei aplicável. Primeiro é necessário falar brevemente sobre os elementos de conexão, aqueles que conectam o contrato a dois ou mais sistemas jurídicos, e como eles se aplicam nos contratos internacionais. Isso porque não se pode deixar de notar que a escolha da lei perante a autonomia da vontade é justamente um desses elementos.

Os elementos de conexão, que também são conhecidos como elementos de estreinidade, são aspectos de fato de uma relação jurídica que tem o condão de ligar essa relação com um foro.

Segundo Luiz Olavo Baptista há vários elementos de estreinidade, sendo os mais conhecidos, a nacionalidade da parte, seu domicílio ou sede, o local em que ocorreu a celebração do contrato, local em que será cumprida a obrigação ou até o local em que o objeto da obrigação se encontra¹³.

Esses elementos são analisados pelo intérprete ou juiz ao encarar a questão e determinar a lei aplicável àquele caso. Quando identificado o elemento de conexão pode se determinar a lei.

Necessário ressaltar que não é apenas nesse momento em que o elemento de conexão é importante, mas também é de extrema necessidade na elaboração do contrato, isso porque, ao ocorrer a elaboração é importante saber se o conteúdo do

¹² BAPTISTA, 2010, p. 10.

¹³ BAPTISTA, 2010, p. 34.

ato elaborado é compatível com o direito que irá ser aplicado em caso de execução ou então descumprimento do pactuado.

2.4.1 Lugar de Celebração (*lex loci contractus*)

O primeiro critério a ser comentado será o lugar de celebração. Esse elemento, assim como outros que serão apresentados, faz parte da vida de um momento da vida de um contrato: sua formação ou celebração e de sua execução.

O lugar de Celebração do contrato, é um dos critérios de celebração mais antigos e mais popular para a aplicação da lei à obrigação assumida pelas partes. Foi ele o escolhido pela Lei de Introdução ao Código Civil, que impõe o seu uso como regra geral.

A Lei de Introdução ao Código Civil, em seu art. 9º, determina “para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem”¹⁴ podendo ser detectado nesse artigo, o lugar da conclusão como elemento de conexão para determinar a lei aplicável. A Áustria e a Itália também já utilizaram desse critério, usando essa regra quando as partes não tivessem feito escolha expressa de outra lei aplicável.

Algumas convenções acabaram por aplicar esse critério em algumas situações, como a Convenção Interamericana sobre Conflitos de Leis em Matéria de Cheques, de 1979, que estabeleceu em seu art. 1º que a capacidade para obrigar-se por meio de cheque rege-se pela lei do lugar onde a obrigação teria sido contraída.

Outra convenção que tem entendimento análogo é a Convenção Interamericana sobre Regime Legal das Procuções para serem utilizadas no exterior, de 1975, que em seu art. 2º estabelece que caso o outorgante não opte pela lei do lugar de execução, as formalidades do ato se dão pela lei do Estado em que forem outorgadas.

Batiffol critica, em sua tese, o fato de que os países podem impor o critério que quiserem para estabelecer qual será o momento de conclusão de um contrato, e dessa forma antes de entender pela *lex loci contractus* teria que se recorrer a lei do lugar de

¹⁴ BRASIL. **Decreto-Lei Nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm>. Acesso em: 08/10/2020.

foro para resolver a questão¹⁵. Além disso muitos contratos se fazem entre ausentes, por via de meios de comunicação, que proporciona agilidade porém torna difícil a determinação do momento exato que ocorreu a celebração do negócio jurídico e o local de sua ocorrência. Assim, também necessitando da *lex fori*.

Dessa forma muitas vezes é difícil de estabelecer com certeza quando e onde ocorreu a celebração do contrato, trazendo insegurança para tal elemento.

2.4.2 Lugar de Execução (*lex loci executionis*)

No Direito brasileiro vemos esse elemento no art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil, regendo as questões relativas à forma do contrato. Também é o critério utilizado por outras legislações inclusive no tratado de Montevideú, a jurisprudência alemã adota o critério da *lex loci executionis* caso não ocorra manifestação expressa da parte referente à lei aplicável.

Alguns doutrinadores apontam ao fato de que a *lex loci conclusionis* e a *lex loci executinis* teriam o mesmo peso na jurisprudência de diversos países que utilizam esse elemento. Prevalece o entendimento de que o lugar de execução (*lex loci executinis*) deve imperar, pela maior importância dada à execução do contrato, sustentando-se ainda, que o local de execução de um contrato nunca é acidental, além de que na execução tende a vontade das partes.

Porém, mesmo com o predomínio da jurisprudência internacional pela *lex loci executinis*, o elemento sofre críticas, essas que são relacionadas a possibilidade de existir mais de um lugar para a execução da obrigação, ou ainda quando cumpridas em países diferentes. Nesse caso a doutrina entende que há a necessidade de estabelecer qual é o local de execução da obrigação principal, ou pela aplicação do instituto do *dépeçage*¹⁶, para os sistemas jurídicos que o admitem.

Válido mencionar que esse elemento não pode ser aplicado nos contratos em que as partes deixam em aberto o local da execução.

2.4.3 Domicílio

¹⁵ Batiffol, Henri. Les conflits apud BAPTISTA, Luiz Olavo. **Contratos Internacionais**. 1. ed. Porto Alegre: LEX Magister, 2010, p. 3.

¹⁶ Dépeçage: instrumento de fracionamento do contrato em diferentes partes submetidas a diversos sistemas jurídicos aplicáveis.

Esse é o elemento de conexão predominante no direito internacional privado. Na Lei de Introdução das Normas ao Direito Brasileiro visualizamos esse elemento no art. 9º, § 2º da Lei de Introdução, essa que escolheu como elemento de conexão o domicílio do proponente, pesando pela sua permanência e facilidade de determinação.

Porém esse elemento pode acabar por causar certa insegurança jurídica, já que não se tem uma padronização internacional sobre o conceito de domicílio, e cada Estado adota seu critério, sendo difícil de se conceituar o aplicável.

A Convenção Interamericana Sobre o Domicílio das Pessoas Físicas do Direito Internacional Privado, celebrada em Montevideu em 1979, conceitua domicílio em três circunstâncias

pelo lugar de sua residência habitual; b) pelo lugar do centro principal dos seus negócios; c) na ausência dessas circunstâncias, o domicílio será aquele do lugar da sua residência simples; d) se não existir residência simples, será decisivo o lugar onde a pessoa física se encontra.¹⁷

Para Amílcar de Castro o conceito de domicílio pode ser dividido em legal, administrativo e particular, sendo o primeiro o domicílio dos capazes e incapazes, é aquele que resulta em determinação legal, independente da vontade do indivíduo¹⁸. Já o administrativo está altamente relacionado com a função do cidadão, vinculado as relações aos sistemas jurídicos, relacionados a residência provisória em determinado país. Já o domicílio particular advém da vontade do cidadão, que determina sua nacionalidade, pois o cidadão escolhe o local que deseja residir.

Pode-se entender também o domicílio como necessário e voluntário, sendo o necessário aquele imposto por lei, como de funcionário público, militar ou presos, já o voluntário é onde a pessoa escolhe morar.

2.4.4 Nacionalidade

¹⁷ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Interamericana sobre Domicílio das Pessoas Físicas no Direito Internacional Privado**. Disponível em: <[¹⁸ CASTRO, Amílcar de. **Direito Internacional Privado**. Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 198.](http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/B-44.htm#:~:text=CONVEN%C3%87%C3%83O%20INTERAMERICANA%20SOBRE%20DOMIC%C3%8DLIO%20DAS%20PESSOAS%20F%C3%8DSICAS%20NO%20DIREITO%20INTERNACIONAL%20PRIVADO&text=Esta%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20regula%20as%20normas,f%C3%ADsicas%20no%20Direito%20Internacional%20Privado.>. Acesso em: 08/10/2020.</p>
</div>
<div data-bbox=)

Estabelece toda relação possível de determinado fato a um sistema estrangeiro, para Amílcar de Castro esse elemento de conexão não é muito apreciado pela doutrina pois nem sempre ocorre a distinção entre a nacionalidade de direitos e obrigações, essa que é regulada pelo direito constitucional, e a nacionalidade como circunstância de conexão, tomada em consideração pelo direito internacional privado.

Grandino Rodas ensina que a teoria da nacionalidade tem grande importância no ramo do direito internacional privado, pois ensina a reconhecer quem é nacional e quem não é, permitindo assim a identificação da lei a ser aplicada em cada caso¹⁹.

A nacionalidade pode ser adquirida através do nascimento, naturalização ou casamento. A nacionalidade adquirida através do nascimento poderá se relacionar com o sangue *jus sanguinis*, em que a nacionalidade do filho corresponderá aos pais, ou então pode se relacionar ao local de nascimento, *jus soli*, em que se vinculará apenas ao país em que a pessoa nasce. Existe a possibilidade de se combinar os dois sistemas, como na França e no Brasil, em que o *jus sanguinis* é basicamente a única forma aceita para determinar nacionalidade, excepcionando-se alguns casos.

2.4.5 Territorialidade

Esse elemento é aquele que se relaciona com a coisa (*lex rei sitae*), é aplicado diante de temas concernentes à propriedades, bem móveis e imóveis. Porém grande da doutrina entende que quando se fala em bem móvel esse pode seguir o princípio de que os bens seguem a pessoa.

Conforme Valerio de Oliveira Mazzuoli:

O território é o principal elemento de conexão das normas indicativas ou indiretas de DIPr. É sobre ele, v.g., que se localiza determinado imóvel, que certo ato jurídico é praticado, que ocorre determinado fato, em que se encontram certas pessoas, que se fixa a nacionalidade originária *jus soli* etc.²⁰

Esse elemento ultrapassa a ideia geográfica, alcançando o campo jurídico, pois para o fim de classificação de elemento de conexão segundo a territorialidade não é considerado apenas os critérios físicos, já que pode ser considerado, por exemplo,

¹⁹ RODAS, João Grandino. **Contratos Internacionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 44.

²⁰ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

espaço aéreo e faixa de mar territorial. Compreendendo por território o que vem do Direito Internacional Público.

O próximo elemento de conexão a ser elucidado é o objeto de estudo dessa monografia, A escolha da lei pela parte através do princípio da autonomia da vontade.

3 O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE

3.1 A autonomia da vontade no Direito Interno

Como dito anteriormente, a escolha da lei aplicável ao contrato internacional também é caracterizada como um elemento de conexão, esse que pode ser considerado o elemento com maior difusão internacional e advém da aplicabilidade do princípio da autonomia da vontade, princípio esse que também é muito conhecido e aplicado no direito brasileiro interno.

Para entender melhor essa escolha se demonstra necessário primeiramente fazer uma breve elucidação sobre o princípio da autonomia da vontade e sua diferenciação quando no âmbito da teoria geral dos contratos e quando na seara dos contratos internacionais.

A vontade, como elemento essencial da formação dos negócios jurídicos, é um grande objeto de estudos de juristas. Vicente Ráo identifica a vontade como sendo o elemento criador de relações jurídicas, já que sem a vontade das partes não ocorre a formação do negócio:

A vontade, manifestada ou declarada, possui no universo jurídico poderosa força criadora: é a vontade que através de fatos disciplinados pela norma, determina a atividade jurídica das pessoas e, em particular, o nascimento, a aquisição, o exercício, a modificação ou a extinção de direitos e correspondentes obrigações, acompanhando todos os momentos e todas as vicissitudes destas e daquelas.²¹

Necessário destacar que a vontade sempre vem seguida da declaração, isso porque o ato jurídico lícito é aquele que tem por finalidade adquirir, resguardar, transferir, extinguir ou modificar direito e para que isso ocorra precisa necessariamente da exteriorização da vontade da parte.

Conforme o entendimento de Luiz Olavo Baptista, a expressão “autonomia da vontade” tem significados diferentes no direito interno e internacional. Para conceituar o entendimento desse princípio no direito interno Baptista recorre ao código civil português, mencionando o art. 405: “1. *Dentro dos limites da lei, as partes tem a*

²¹ RÁO, Vicente. **Ato jurídico**. 4ª ed., São Paulo,: Revista dos Tribunais, 1999, p. 23

faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver” ²²

Orlando Gomes também segue pelo mesmo caminho ao dizer que a autonomia da vontade particulariza-se na liberdade de pactuar e contratar. Vejamos:

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 na ordem jurídica. No exercício desse poder, toda pessoa capaz tem aptidão para provocar o nascimento de um direito, ou para obrigar-se. A produção de efeitos jurídicos pode ser determinada assim pela vontade unilateral, como pelo concurso de vontades. Quando a atividade jurídica se exerce mediante contrato, ganha grande extensão. Outros conceituam a autonomia da vontade como um aspecto da liberdade de contratar, no qual o poder atribuído aos particulares é o de traçar determinada conduta para o futuro, relativamente às relações disciplinares da lei. O conceito de liberdade de contratar abrange os poderes de auto-regência de interesses, de livre discussão das condições contratuais e, por fim, de escolha do tipo de contrato conveniente à atuação da vontade. Manifesta-se, por conseguinte, sob tríplice aspecto: a) liberdade de contratar propriamente dita; b) liberdade de estipular o contrato; c) liberdade de determinar o conteúdo do contrato. ²³

Dessa forma, pode-se perceber, que no direito interno brasileiro o princípio da autonomia da vontade se caracteriza como a autonomia que o indivíduo tem de reger os próprios atos através da liberdade de contratar. Sendo essa liberdade caracterizada pela forma que essa contratação irá ocorrer, pelo seu conteúdo, e até pelas cláusulas que regerão esse negócio.

Deve-se lembrar que no direito brasileiro, assim como no direito internacional privado, a autonomia da vontade encontra suas limitações na ordem pública, na moralidade, na proteção da vontade livre e consciente das partes e dos contratantes débeis.²⁴

3.2 A autonomia da vontade no Direito Internacional Privado

Feitas tais considerações acerca do princípio da autonomia da vontade no direito interno, é necessário entendê-la também no âmbito do Direito Internacional Privado, já que esse é o analisado em presente pesquisa.

²² BAPTISTA, Luiz Olavo. **Contratos Internacionais**. 1. ed. Porto Alegre: LEX Magister, 2010, p 43.

²³ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.25-26.

²⁴ COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. Vol. 03. São Paulo: Saraiva, 2005, p 18 e 19.

No direito internacional privado a autonomia da vontade tem outro significado. Além da liberdade para estabelecer o conteúdo do contrato também se verifica uma liberdade para escolher a lei aplicável ao contrato, ou seja, localizá-lo dentro de determinado sistema jurídico.

A autora Nadia de Araújo salienta a diferença entre tal princípio no Direito Interno e no Direito Internacional ao explicar que perante a ordem interna a autonomia da vontade se demonstra na liberdade que as partes tem em fixar livremente o conteúdo dos contratos dentro dos limites legais. “É o poder reconhecido pela ordem jurídica aos indivíduos de criar situações jurídicas”²⁵. Já na ordem do Direito Internacional a autonomia da vontade se determina na liberdade que as partes contratantes têm em escolher o sistema jurídico que regulará o negócio jurídico em questão, “Isto quer dizer que a autonomia das partes, no DIPr, tem por objeto a designação de uma lei aplicável ao contrato”.²⁶

Citando Marcel Cabel, Irineu Strenger ainda define a autonomia da vontade no direito internacional privado como:

“Faculdade concedida aos indivíduos de exercer sua vontade, tendo em vista a escolha e a determinação de uma lei aplicável a certas relações jurídicas nas relações internacionais, derivando ela da confiança que a comunidade internacional concede ao indivíduo no interesse da sociedade, e exercendo-se no interior das fronteiras determinadas de um lado pela noção de ordem pública e de outro pelas leis imperativas, entendendo-se que, em caso de conflito de qualificação, entre um sistema facultativo, a propósito de uma mesma relação de direito, a questão fica fora dos quadros da autonomia, do mesmo modo que ela somente se torna eficaz na medida em que pode ser efetiva”.²⁷

Assim, o princípio da autonomia da vontade “implica na possibilidade das partes de inserir cláusulas em um contrato internacional, para estabelecer o direito ser aplicado ali”²⁸

De forma ainda mais simplificada se tem a explicação de Beat Walter Rechsteiner que menciona: “a autonomia da vontade das partes, no direito

²⁵ ARAÚJO, Nádía de. **Contratos Internacionais. Autonomia da Vontade, MERCOSUL e Convenções Internacionais**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 51.

²⁶ Idem.

²⁷ STRENGER, Irineu, **Contratos Internacionais do Comércio**. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr 1998, p 300.

²⁸ RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito Internacional Privado: Teoria e Prática**. 6 ed. São Paulo. Saraiva, 2003, p 134.

internacional privado, significa que as próprias partes podem escolher o direito aplicável”²⁹

Dessa forma, pode-se observar claramente que a noção de autonomia da vontade nos contratos internacionais não consiste no mesmo conceito que se tem no Direito Interno Brasileiro. No Direito Internacional Privado o princípio acaba por ter seu próprio conceito.

Importante mencionar que embora a aplicação do princípio da autonomia da vontade nos contratos internacionais seja amplamente aceito em alguns sistemas jurídicos, como é por exemplo no direito europeu, principalmente após a Convenção de Roma de 1980, que posteriormente foi substituída pelo Regulamento Roma I em 2008, no direito brasileiro não se tem o mesmo esclarecimento.

É possível observar uma dificuldade nas aplicações das convenções internacionais sobre a lei aplicável no direito brasileiro. Isso porque, embora o Brasil tenha participado de diversas convenções de direito internacional privado, como Convenção de Montevideú, Convenção de Havana, e Convenção do México, apenas a Convenção de Havana, em que foi adotado o Código Bustamante, foi devidamente ratificada. Deve-se se atentar para o fato de que o Código Bustamante não é claro sobre a aceitação da autonomia da vontade em matéria contratual.

Ademais, deve-se ressaltar que o direito interno brasileiro também não contém normas expressas sobre autonomia da vontade, porém a doutrina entende majoritariamente que o uso da autonomia da vontade como elemento de conexão é válido.³⁰

Luiz Olavo Baptista realça que por mais que a escolha do direito aplicável é amplamente aceita no direito comparado, deve-se considerar o fato que o reconhecimento da autonomia não tem resultado em incorporar a lei escolhida ao contrato e sim faze-lo integrar o contrato como se fosse uma cláusula.³¹

3.3 Doutrinas Históricas e Direito Comparado

²⁹ RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática*. 6 ed. São Paulo. Saraiva, 2003, p 134.

³⁰ MAZZUOLI, Valério Oliveira e PRADO, Gabriella Boger. **Autonomia da vontade nos contratos internacionais no Brasil**. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 20/2019, Jul – Set 2019, DRT 2019\40297.

³¹ BAPTISTA, Luiz Olavo. **Contratos Internacionais**. 1. ed. Porto Alegre: LEX Magister, 2010, p 43.

Atribui-se a Charles Duomolin, jurista francês do final do século XVI, o desenvolvimento do princípio da autonomia da vontade no Direito Internacional Privado. Isso porque, na época em que Duomolin desenvolveu sua tese, o direito francês ainda não era codificado nacionalmente, ou seja, não se tinha uma legislação una para todo o país, e as leis das diferentes províncias acabavam por serem tratadas como direito estrangeiro frente as outras.³²

Tal princípio surge quando o autor emitiu um parecer sobre o caso *Affaire Ganey*, de 1525, no qual ele se posicionava favoravelmente utilização da vontade das partes na interpretação do contrato de casamento. No caso em questão Duomolin entendeu que a lei que recairia sobre o matrimônio seria a Lei de Paris, por ter sido esse o primeiro domicílio conjugal do casal, o que indicava tacitamente preferência por essa lei para a regência do conjunto de seus bens. Ressalta-se que o autor entendia que a escolha da lei aplicável poderia ocorrer de maneira tácita ou implícita.³³

Nesse caso o princípio da autonomia da vontade foi aplicado na comunhão matrimonial de bens pois Duomolin entendia que a convenção feita pelos cônjuges sobre os bens se tratava de um contrato, e dessa forma, seu instituto regulador não deveria ser o lugar onde fora celebrado, mas sim o lugar desejado pelas partes.

Assim, nasceu a ideia de que a vontade das partes contratantes teria o condão de determinar a lei que regeria a validade dos efeitos.

Já Savigny entendia que a relação jurídica deveria ser devidamente analisada, seu conteúdo, origem e natureza e conforme a natureza da relação jurídica deveria ser aplicada a norma jurídica mais adequada, que tanto poderia ser interna ou externa.

Segundo Nádia de Araujo, este autor evita utilizar a palavra autonomia, para determinar a lei aplicável ao contrato, expõe também a teoria da jurisdição especial da obrigação, que constitui a base para determinação do direito local aplicável. Para Svigny a sede da relação jurídica contratual é o local onde a obrigação deve ser cumprida, e depois, determina-se o direito local aplicável a obrigação:

A jurisdição especial da obrigação (que coincide com a verdadeira sede da obrigação) repousa na submissão livre das partes, submissão esta resultante, no mais das vezes, de uma declaração de vontade não expressa, mas tácita, e que desde então será sempre excluída pela expressão de uma vontade contrária. Devemos, portanto, procurar o local para qual as partes dirigiram sua atenção, qual o lugar para elas visualizado como sede da obrigação; é

³² DE ARAUJO, Nadia, **Contratos Internacionais, Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais**, 4ª ed, Rio de Janeiro, ed. Renovar, 2009, p 55.

³³ Idem, p. 55

neste lugar que devemos colocar a jurisdição especial da obrigação, fundado na livre submissão das partes ³⁴

Outra teoria de importância para a evolução dos estudos em torno dos contratos internacionais, é a de Henri Batiffol.

Batiffol se destacou como defensor da tese da autonomia da vontade, o autor coloca o problema da luta entre duas correntes. A primeira corrente entende pela liberdade plena de escolha a lei aplicável, podendo a lei não ter qualquer relação com o contrato e ser respeitada mesmo se for contrária ao direito positivo do foro. Essa tese seria uma concepção voluntarista e subjetivista do direito. Já a segunda corrente vê na regra de direito um elemento racional, pelo que essa liberdade ilimitada não é possível, e dessa forma o uso da autonomia da vontade vem de frente com certas limitações.³⁵

Para o autor o desenvolvimento das grandes indústrias fez com que se tivesse uma percepção mais clara das desigualdades entre as partes contratantes, nesse contexto a desigualdade econômica demonstrava quem seria a parte mais forte e a mais fraca. Dessa forma surge a necessidade do legislador intervir na relação jurídica a fim de corrigir e regulamentar essas discrepâncias, se tendo assim uma limitação contratual. Batiffol diferencia leis imperativas e facultativas, onde não se pode modificar as imperativas, porém pode-se usar da autonomia da vontade nas leis facultativas.

3.3.1 A autonomia da vontade como escolha da lei aplicável na Common Law

Até a segunda parte do século XVII, a aplicação de uma lei estrangeira por um tribunal inglês era desconhecida.

Com o desenvolvimento do comércio internacional, no segundo quartel do século XIX, a vontade das partes acabou por substituir o papel até então exercido pela regra do local de celebração. A partir do ano de 1865, o princípio da autonomia da vontade foi estabelecido como guia pelos tribunais ingleses. ³⁶

³⁴ DE ARAUJO, Nadia, **Contratos Internacionais, Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais**, 4ª ed, Rio de Janeiro, ed. Renovar, 2009, p 59.

³⁵ DE ARAUJO, Nadia, **Contratos Internacionais, Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais**, 4ª ed, Rio de Janeiro, ed. Renovar, 2009, p 61.

³⁶ DE ARAUJO, Nadia, **Contratos Internacionais, Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais**, 4ª ed, Rio de Janeiro, ed. Renovar, 2009, p 68.

A primeira vez em que a questão foi examinada por um tribunal inglês ocorreu em *Robison v. Bland*³⁷ em 1760, em que em uma relação contratual foi se questionado qual lei incidia sobre a relação jurídica, se era a lei inglesa ou francesa. A lei desejada pelas partes era a lei Inglesa e dessa forma foi-se entendido que a intenção das partes governa os efeitos dos contratos.

No século XIX as cortes inglesas continuaram a aceitar a vontade das partes na escolha da lei aplicável, desenvolvendo-se o princípio conhecido como *Proper Law*. Tal princípio segundo Lord Atkin pode ser definido:

Os princípios legais que devem guiar uma Corte Inglesa na questão da proper law já se encontram bem estabelecidos. É a lei que as partes pretendem aplicar. Sua intenção deverá ser reconhecida pela intenção expressa no contrato, se existente, que deve ser conclusiva. Se nenhuma intenção foi expressa, está será presumida pela Corte através dos termos do contrato e suas circunstâncias relevantes.³⁸

Insta destacar que a doutrina inglesa não adotou o princípio da autonomia da vontade de forma unânime. Alguns doutrinadores se posicionaram de forma favorável como Dicey e outros de forma totalmente contrária como Westlake, Cheshire e Morris. Acontece que nos dias de hoje essa discussão perdeu a razão, tendo em vista que o Reino Unido adotou a Convenção de Roma, essa em que iremos elucidar mais a frente.

No direito norte-americano o Juiz da Suprema Corte Joseph Story entendia que a validade do contrato deveria ser decidida pela lei do local onde ocorreria sua celebração, a não ser que fosse cumprido em outro país, nesse caso o que valeria seria o local de sua execução. Esclareceu que o princípio geral seria a aplicabilidade do local da celebração do contrato.

Anos mais tarde, Joseph Beale, outro jurista de prestígio, responsável pela criação do *Restatement First*, que procurou estabelecer um sistema unificado de regras sobre conflitos de lei americanas, acabaria por ter uma teoria diversa de Story. Para Beale existiriam três regras para determinar a lei aplicável 1- a lei escolhida pelas partes, 2- do lugar de execução, 3- do lugar de celebração do contrato.

³⁷ LORENZEN, Ernest, *Validity and effects of contracts in the conflicts in the conflict of laws, in Selected Articles on the Conflicts of Laws*, New Haven, Yale University Press, 1947.

³⁸ Rabel, Ernst, *The conflicts Laws, apud DE ARAUJO, Nadia. Contratos Internacionais, Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais*, 4ª ed, Rio de Janeiro, ed. Renovar, 2009, p 67.

Porém, Beale critica duramente a primeira regra. Em seu entendimento deixar às partes a escolha da lei aplicável poderia significar, uma permissão para que estas estabeleçam atos legislativos. Ainda salienta que a aplicação desse princípio em tribunais deveria ser limitado por outro princípio conhecido, o da boa-fé. Não deixando de mencionar o fato de que a escolha da lei aplicável não poderia ser estranha da relação jurídica, ou seja, deveria se limitar entre a lei do lugar da celebração e a do lugar da execução.

Mais de dez anos depois outros doutrinadores como Cook, partindo da ideia inicial de Beale, começam a aceitar a ideia da escolha da lei aplicável aos contratos internacionais, concluindo que é a escolha em questão não é um ato legislativo, pois significa incorporar ao contrato as normas da lei escolhida, o que é portanto permitido.

39

Dessa forma acabou sendo esclarecido a possibilidade da escolha expressa pelas partes como um critério de escolha de lei aplicável aos contratos internacionais e determinou limites a essas escolhas, como a incorporação ao contrato das normas substantivas do direito escolhido e não suas regras conflituais, além da limitação de que a lei escolhida tenha alguma relação com o negócio jurídico e respeite a ordem pública.

As ideias de Cook apresentaram um grande avanço em relação a Beale e abriram novos caminhos para que fosse promovido a revisão do *Restatement First*.

Durante o período pós guerra, Rabel, entendeu que as regras do direito americano sobre conflito de leis relativas aos contratos internacionais não possuíam limitação clara sobre a autonomia da vontade, essa limitação se demonstrava apenas ao respeito à ordem pública e conexão visível com o contrato.

Em seu entendimento os tribunais deveriam se preocupar apenas com quais princípios da ordem pública devem ser respeitados e em quais circunstâncias a ordem pública de um Estado deveria ser reconhecida por outro.

Uma vez ultrapassadas essas análises a autonomia da vontade das partes não deveriam ser descartadas como possibilidade pelas políticas locais, pois assim, se tratava de método menos perigoso no sentido de deixar as partes com incertezas no agido campo dos problemas de Direito Internacional Privado.⁴⁰

³⁹ DE ARAUJO, Nadia. **Contratos Internacionais, Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais**, 4ª ed, Rio de Janeiro, ed. Renovar, 2009, p 72.

⁴⁰ Idem, p. 77

Com esse entendimento já começava a se perceber uma preferência doutrinária pela autonomia da vontade, isso se demonstrava ainda mais claro com algumas mudanças que ocorreram no panorama legislativo e jurisprudencial.

Primeiramente foi elaborado um Código Comercial Uniforme, em que foi permitido às partes expressamente escolherem a lei aplicável ao contrato de compra e venda. Já na Suprema Corte foi decidido no caso *Lauritzen v. Larsen*⁴¹ que um contrato poderia ser regido pela lei dinamarquesa, decidindo-se então que a lei expressamente escolhida pelas partes era aplicável.

Com todos esses entendimentos acabou por ser elaborado o *Restatement Second*, em que ocorreu mudanças nas regras relativas à lei aplicável aos contratos. Em primeiro lugar queria se dar às partes a faculdade de escolher a lei aplicável. E em segundo, os contratos que não tivessem essa vontade expressa, a lei que recairia sobre o contrato seria a do lugar de celebração.

A razão dada para essa liberdade contratual seria pelo motivo de que assim esta regra seria mais adequada às necessidades de certeza e previsibilidade da comunidade internacional.

Modernamente a questão das partes terem que escolher apenas entre ordenamentos jurídicos que tenham relação com o contrato foi novamente levantada pois, nos estados de Nova York e Califórnia ampliaram essa possibilidade e começaram a aceitar a escolha de qualquer lei.

3.3.2 A Autonomia da vontade como escolha da lei aplicável nos Países do Mercosul

Por último iremos falar sobre a autonomia da vontade no mercosul, bloco econômico em que o Brasil faz parte. Dessa forma, conseqüentemente, o aplicado ao bloco também pode vir a recair ao Direito brasileiro.

Os países do Mercosul, com exceção do Brasil, adotaram em sua legislação interna o tratado de Montevideu, esse que não admite a autonomia da vontade entre suas normas. Além disso, pela Argentina, Paraguai e Uruguai serem seguidores da

⁴¹ LORENZEN, Ernest, *Uniformity between Latin-America and the United States in the rules of Private International Law realting to Commercial Contracts in Tulane Law Review*, Vol XV, 1941

tradição civilista, possuem também em seus códigos reguladores normas relativas ao conflito de leis em contratos internacionais.⁴²

As regras relativas a autonomia da vontade foram fortemente influenciadas por juristas europeus e latino-americanos do século passado, já que são legislações elaboradas naquela época. O código mais recente é o de Paraguai, datado de 1986, porém não obteve inovações nessa área, já que, manteve em vigor as regras do tratado de montevidéu.

Inicialmente, em 1889/90 o tratado de montevidéu estabeleceu como regra geral para a aplicação da lei ao contrato, o local da execução, porém, em 1939/40, foi acrescentado a possibilidade de substituição do local da execução pelo local da celebração, caso não fosse possível determinar qual o lugar onde a obrigação deveria ser cumprida. Foi criado ainda um protocolo adicional, vigente na Argentina, Paraguai e Uruguai, para proibir expressamente a autonomia da vontade, salvo quando autorizado pela lei.⁴³

O sistema jurídico Argentino, em regra, adota como elemento de conexão a lei do lugar do cumprimento da execução, *lex executionis*". Mas é possível observar alguns entendimentos jurisprudenciais em que se reconheceu a escolha da lei fixada pela parte. Nadia de Araújo comenta a dicotomia vivida pela doutrina e jurisprudência argentina, recorrendo a Fresnero, jurista argentino, que esclarece sobre o posicionamento favorável da doutrina quanto a aplicação da autonomia da vontade, e o posicionamento da jurisprudência que sempre a rechaçou.

A doutrina argentina tem a esperança de que seja reconhecido e ocorra a adesão à convenção Interamericana sobre Direito aplicável aos Contratos Internacionais, o que acabaria por modificar o ordenamento argentino interno.

Já no Uruguai, apesar do princípio da autonomia da vontade não estar presente nos códigos é possível encontrar uma tendência a modificação. Defensores da aplicação da autonomia da vontade fundamentam a necessidade de acompanhar as modificações que ocorrem pelo mundo, mencionam a Convenção Interamericana Sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais (CIDIP) V e a conferência de Haia de 1985.

⁴² DE ARAUJO, Nadia. **Contratos Internacionais, Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais**, 4ª ed, Rio de Janeiro, ed. Renovar, 2009, p 79.

⁴³ ARAÚJO, Nádia. **Contratos Internacionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 146

Assim como nos demais países do Mercosul, não encontramos a determinação para a aplicação da autonomia da vontade no ordenamento jurídico do Paraguai. Porém parte da doutrina entende que a partir da interpretação dos art. 297 e 669 do Código Civil tal autonomia pode ser considerada, pois, o segundo art., na parte relativa aos contratos em geral, estabelece que as partes podem regular livremente seus direitos mediante contratos, desde que respeitada as normas da lei, sendo aplicável tal disposição em todos os contratos.

Nádia de Araújo entende que esse posicionamento não deve prevalecer pois os artigos mencionados fazem referência aos contratos em geral e não às espécies de contratos internos e internacionais.⁴⁴

Em relação ao direito brasileiro a regra que prevalece para a aplicação da lei aos contratos internacionais é o lugar da celebração, conforme o art. 9º do Código Civil. Existem três posicionamentos distintos quanto a aplicação e reconhecimento da autonomia da vontade aos contratos internacionais, sendo um totalmente contrário à autonomia, o segundo a favor de uma limitação às regras supletivas e o último favorável de forma incondicional à aplicação da autonomia.

Apesar dos países membros do Mercosul não aplicarem a autonomia da vontade em seus ordenamentos jurídicos, todos participam da Convenção Interamericana Sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais V, que teve essa questão como ideia central. O que se espera é que essa convenção seja recepcionada pelos membros do bloco econômico, caso contrário o Mercosul pode vir a demonstrar uma incompatibilidade dos sistemas jurídicos de cada país, dificultando assim suas relações comerciais.

Strenger acredita que o funcionamento do Mercosul terá que se realizar em um contexto harmônico, visando sempre minorar a possibilidade de possíveis divergências comerciais entre os países membros, com o escopo de compatibilizar os mecanismos e instrumentos para que o objetivo do bloco econômico alcance seu fim.⁴⁵

⁴⁴ ARAÚJO, Nádia. **Contratos Internacionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 74

⁴⁵ STRENGER, Irineu. **A autonomia da vontade em Direito Internacional Privado**. RT, São Paulo, 1968

4 LIMITES A APLICAÇÃO DA LEI ESTRANGEIRA

Como já elucidado anteriormente, quando se fala sobre o princípio da autonomia da vontade quando relacionado aos contratos internacionais percebe-se que esse não é um princípio absoluto e ilimitado. Por mais que alguns países aceitem a escolha da lei pelas partes contratantes existem algumas limitações que não podem ser ultrapassadas. Pode ocorrer da lei estrangeira escolhida ser inaplicável em virtude da ordem pública e pelas leis imperativas do foro no qual o litígio estiver sendo julgado.

Embora no Brasil a ideia de escolha da lei aplicável ao contrato internacional não seja plenamente aceita pelo direito brasileiro, é de fundamental importância a análise dos referidos impedimentos, sobretudo pelo fato de que as próprias regras de conexão possuem caráter bilateral, ou seja, podem acabar apontando tanto para uma lei brasileira quanto para uma estrangeira.

4.1 Ordem Pública

A ordem pública é considerada um dos princípios mais importantes do direito internacional privado, pois ela cria impedimentos não só a aplicação da lei estrangeira como também ao reconhecimento de atos realizados no exterior e à execução de sentença proferida por tribunais de outros países.⁴⁶

Dolinger menciona que definir ordem pública é tarefa difícil ou quase impossível⁴⁷, porém faz as seguintes considerações:

Diríamos que o princípio da ordem pública é o reflexo da filosofia sócio-político-jurídica de toda legislação, que representa a moral básica de uma nação e que atende às necessidades econômicas de cada Estado. A ordem pública encerra, assim, os planos político, jurídico, moral e econômico de todo Estado constituído.⁴⁸

Já Luiz Olavo Baptista faz uma analogia para definir o que poderia se entender como ordem pública, o autor menciona que a ordem pública funciona como anticorpos produzidos pelo sistema imunológico de uma pessoa, enquanto os anticorpos rejeitam

⁴⁶ DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado: parte geral**. 3ª ed. Rio de Janeiro, Renovar, 1994, p.329

⁴⁷ DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado: parte geral**. 3ª ed. Rio de Janeiro, Renovar, 1994, p.330.

⁴⁸ Idem, p.330.

corpos estranhos a fim de preservar a saúde do corpo em que habita a ordem pública combateria tudo que é capaz de afetar a coerência de seu ordenamento jurídico.⁴⁹

Dolinger ainda menciona que a ordem pública é um fator externo às normas, dessa forma se demonstra importante se diferenciar das leis cogentes. A ordem pública tem precedente moral enquanto as leis cogentes são normas que impõem a vontade do legislador.

No âmbito do direito internacional privado o princípio da ordem pública tem como função tão somente impedir a aplicação de leis em um determinado foro quando essas leis forem atentatórias a sua ordem jurídica, moral ou econômica. Necessário salientar que esse impedimento pode ocorrer tanto em leis indicadas pela parte quanto quando advém de qualquer outro elemento de conexão.

Esta finalidade inclusive está prevista no Art. 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro:

Art. 17. 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

Percebe-se que a ofensa a ordem pública tem efeitos diferentes no direito interno e internacional. Quando um ato fere a norma pública no direito interno esse ato se torna nulo ou anulável, já no direito internacional o ato apenas não tem eficácia no Brasil, continuando sendo válido nos países que aceitarem o ato.

Se verificada a ineficácia da lei estrangeira por atentar contra a ordem pública a consequência será a aplicação subsidiária da lei do foro, fato que pode vir a causar tanto consequências positivas quanto negativas.⁵⁰

Ressalta-se que cabe ao Juiz de primeiro grau ou ao Tribunal decidir o que é ou não contrário à ordem pública.

4.2 Normas Imperativas

⁴⁹ BAPTISTA, Luiz Olavo. **O direito estrangeiro nos tribunais brasileiros**. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 97, n. 355, maio/jun. 2001, p.94-96. In: SANTOS, Guilherme Moulin Simões Penalva. A autonomia da vontade nos contratos internacionais: a cláusula de eleição de lei no direito brasileiro. 2010. 157f. Dissertação (Mestrado em Estado, Processo e Sociedade Internacional) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010, p.45.

⁵⁰ DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado: parte geral**. 3ª ed. Rio de Janeiro, Renovar, 1994, p.344.

As normas Imperativas são aquelas em que a autonomia da vontade não pode ser exercida, pois tal norma contém ordem ou preceito a que todos são obrigados a seguir.

Conforme o entendimento de Nadia de Araújo as normas imperativas são aquelas caracterizadas por terem sua aplicação obrigatória, usadas diretamente, e que independem do sistema geral de normas de conflito de leis no espaço do país.⁵¹

Em situações em que estão conectadas a mais de um sistema jurídico, essas normas não se submetem ao método conflitual e são aplicadas diretamente ao caso, independente da lei escolhida pelas partes ou da norma de conexão.

Para exemplificar o fato de que as normas imperativas tem um efeito positivo e ordem pública um efeito negativo Nadia de Araújo menciona o conflito entre a Convenção de Varsóvia, essa que limita a indenização no transporte aéreo internacional e não dispõe sobre dano moral e o Código de Defesa do Consumidor.

Em julgados o STJ aplicou o CDC em prejuízo da Convenção de Varsóvia, por entendê-la norma imperativa.⁵²

Não existe forma precisa de identificar quando uma norma é imperativa e quando não é, Nádia de Araújo defende a ideia de que se deve analisar parâmetros como argumentação jurídica, os princípios constitucionais e os direitos fundamentais.

Essas normas, assim como a ordem pública, pretendem preservar a coerência do sistema jurídico do país, devendo apenas ser utilizadas quando imprescindível.

⁵¹ ARAÚJO, Nadia, **Contratos Internacionais, autonomia da vontade, mercosul e convenções internacionais**, 4ª ed. Rio de Janeiro, ed. Renovar, 2009

⁵² ARAÚJO, Nadia, **Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira**. 4ª ed. atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 108.

5 AUTONOMIA DA VONTADE COMO ELEMENTO DE CONEXÃO NO BRASIL

Como já apresentado no capítulo 3 desse trabalho, existem diversos elementos de estraneidade que conectam um contrato a mais de um sistema jurídico. A intenção desses elementos é solucionar os conflitos de lei no espaço, e apontar o direito aplicável no caso concreto.

Neste capítulo em especial, far-se-á um estudo da autonomia da vontade como elemento de conexão no Direito brasileiro.

Luiz Olavo Baptista⁵³ menciona que se englobam na formação do contrato, como se sabe, questões relativas a vícios de consentimento, ilicitude do objeto, exigência de uma causa. Os efeitos dos contratos que abrangem as pessoas afetadas, a interpretação da vontade dos contratantes, as consequências da inexecução e a rescisão também se incluem nessa esfera de atuação. Poderia-se resumir que os efeitos e as condições do contrato se submetem as leis que o regem.⁵⁴

Menciona também que o Direito Brasileiro Possui uma variedade de soluções em relação à lei aplicável aos contratos internacionais. Há a regra geral que segura o princípio da *lex loci contractus*, e exceções, que serão explicadas a diante.

Seguindo ainda a ideia de Luiz Olavo Baptista, o autor elenca cinco exceções em que não seguem o princípio da *lex loci contractus*, sendo elas o art. 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro (que o autor chama de Lei de Introdução ao Código Civil), o art. 9 § 1º dessa mesma lei, a Conferencia Interamericana sobre Direito Internacional Privado, o Protocolo de Buenos Aires e, por fim, a Lei da Arbitragem.

Assim, iremos passar por esses institutos mencionados pelo autor, analisando como cada um entende a aplicabilidade da lei em contratos internacionais.

5.1 Lei de Introdução ao Código Civil de 1916

Após ser relatado sobre a doutrina histórica, e sobre os limites da autonomia da vontade entende-se melhor como esse princípio e a escolha da lei são entendidos por diversos ordenamentos jurídicos.

⁵³ BAPTISTA, Luiz Olavo. **Contratos Internacionais**. 1. ed. Porto Alegre: LEX Magister, 2010, p 107.

⁵⁴ Idem, p 107

Percebe-se que alguns países têm um grande aceite quanto a esse tema, já outros demonstram certa resistência a isso. Nesse momento irá se analisar como está estabelecido a escolha da lei aplicável ao contrato internacional no Brasil, país que como já mencionado anteriormente não tem lei que regule a autonomia da vontade nesse sentido.

Para começarmos esse tema primeiramente iremos mencionar sobre a primeira lei de introdução às normas do Direito Brasileiro, se demonstra fundamental a explicação pois a partir de divergências oriundas da narrativa dessa lei é que se foi estabelecido a Lei de 42, entenderemos a motivação desse fato, a seguir.

Em 1916 a primeira lei de introdução (Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916) admitia, a escolha do direito aplicável pelas partes a um contrato internacional dentro dos limites da lei. Porém a legislação vigente é omissa quanto a esse fato.

Entendia-se que o artigo permitia a aplicação do princípio pois na leitura do presente, no *caput* do art. 13 estava escrito:

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

Parágrafo único - Mas sempre se regerão pela lei brasileira:

I- Os contratos ajustados em países estrangeiros, quando exequíveis pela lei brasileira;

II - As obrigações contraídas entre brasileiros em país estrangeiro;

III - Os atos relativos a imóveis situados no Brasil;

IV - Os atos re/ativos ao regime hipotecário brasileiro.

Dessa forma, pelo “salvo estipulação em contrário”, entendia-se que embora fosse adotado como regra a *lex loci contractus* (local da formação do contrato), era permitido que as partes estipulassem a lei aplicável em sua relação jurídica, e caso não se manifestassem sobre a lei que regeria o contrato seria imposto a lei do lugar em que a obrigação foi contraída.

Dessa forma percebe-se que tal artigo causava grande controvérsia, Irineu Strenger comenta que o artigo deixava claro na expressão “salvo disposição em contrário” o princípio da autonomia da vontade. Dessa forma se as partes não se manifestassem, aplicar-se-ia a lei do local que o contrato foi assinado, porém existia a possibilidade da escolha da lei. Assevera que posteriormente, com a Lei de

Introdução às normas do Direito brasileiro tal princípio foi abandonado, pois se tinha uma margem muito grande para controvérsias.⁵⁵

A tendência do judiciário brasileiro frente ao art. 13 era de aplicar, em regra, o direito brasileiro, sem levar em consideração a lei escolhida pelas partes.

Destaca-se aqui o Agravo de Petição nº 3.905, julgado pelo STF, caso conhecido como caso Bayley & Cia vs Estado do Ceará, em que em contrato firmado fora do Brasil, com cláusula designando a aplicabilidade da lei do Estado da Louisiana nos Estados Unidos, a Supremo Tribunal Federal entendeu que a lei que deveria reger o contrato era a brasileira, já que a execução da obrigação ocorreria no Brasil.

Sobre o tema, Nadia de Araújo comenta:

Da leitura do artigo 13 e seu parágrafo único, não é claro se a regra do caput é utilizada em conjunto com o parágrafo único, ou se, quando a execução fosse no Brasil, aplicar-se-ia a lei brasileira não só às questões da execução ou a estas questões e aquelas relativas à substância e efeito. No entanto, da jurisprudência da época verifica-se que a tendência era a aplicação da lei brasileira para todos os aspectos dos contratos internacionais cuja execução se desse no território nacional (tanto para as questões relativas à substância quanto à execução).⁵⁶

Haroldo Valladão, faz um minucioso levantamento da doutrina e da legislação existente a respeito da autonomia da vontade, afirmando ter sido o princípio uma constante no Direito Brasileiro, apesar da falta de menção expressa na Lei de Introdução do Código Civil, concluindo, então, que permaneceria na nova lei de introdução, pois não poderia simplesmente desaparecer por não ter sido proferido expressamente.

Posteriormente essa lei foi modificada e revogada pelo Decreto Lei 4657/42, que é a atual Lei de Introdução.

5.2 Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro de 1942

A lei em vigência atualmente é o Decreto Lei nº 4.657 de 04 de setembro de 1942, a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. É uma norma de ordem

⁵⁵ STRENGER, Irineu. **Curso de direito internacional privado**. Rio de Janeiro:Forense, 1986, p. 293.

⁵⁶ ARAÚJO, Nádia de. **Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira**. 4ª ed. atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 373.

pública, tendo ampla aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, já que essa norma engloba todos os ramos do direito e não apenas o direito internacional privado.

Possui caráter hermenêutico, já que dispõe sobre normas de interpretação para as demais normas e trata sobre integração no caso de omissão do legislador, não chegando a tratar de fatos sociais ou jurídicos em si. Ainda regula aspectos como vigência das leis e o conflito de leis no espaço, contendo normas de direito interespaçial.

De acordo com a autora Maria Helena Diniz a lei de introdução é uma *dex legum*, que não rege as relações da vida, mas sim normas, já que indica como interpretá-las ou aplicá-las, determinando sua vigência e eficácia, dimensões no espaço e assinalando suas projeções nas situações de conflitos de norma e ordenamentos jurídicos, evidenciando os respectivos elementos de conexão.

Importante mencionar que a Lei de Introdução pode vir a ser considerada o Estatuto de Direito Internacional Privado por traçar as diretrizes das relações de DIPri, adequando o ordenamento jurídico interno, convenções e tratados a que aderiu o Brasil.

Para a nossa pesquisa o ponto importante dessa lei é o art. 9º, esse que estabelece qual o direito à ser aplicado quando se está diante de uma situação jurídica em que se está presente mais de um ordenamento jurídico, *in verbis*:

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 proponente⁵⁷

Percebe-se que que o *caput* deste artigo seguiu a mesma regra do art. 13 da Lei de Introdução ao Código Civil de 1916, anteriormente prevista, porém houve a supressão da expressão “*salvo estipulação em contrário*”, O que ensejou uma discussão na doutrina internacionalista, visto que, sem essa expressão poderia se entender que o princípio da autonomia da vontade não era mais válido para a escolha da lei ao contrato.

⁵⁷ Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em 19/11/2020 às 20:32

Perante o direito pátrio atual é estabelecido que o direito que regerá o contrato internacional é aquele em que a obrigação foi constituída, conforme art. 9º, *caput*, da LICC, “Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem”⁵⁸, Percebe-se que aqui se encontra a *lex loci contractus*.

Isso significa que a lei que recai sobre o contrato é aquela em que o contrato foi celebrado, conforme o art. 435 do Código Civil brasileiro: “reputar-se-á celebrado o contrato no lugar em que foi proposto”.⁵⁹

O art. 9 § 1º deixa clara a regra de que o direito sobre o contrato é aquele do local em que o negócio foi constituído. Se uma determinada obrigação foi contraída no exterior e tem como lugar de execução o Brasil, dependendo ainda de forma específica pela lei brasileira, será observada a forma específica em que a lei nacional exige, mas levada em consideração a lei alienígena, porém, não deixando de utilizar a lei brasileira para os atos executórios da lei estrangeira.

Em regra geral, o lugar da celebração do contrato é fórmula que possui poucas dificuldades. Se as partes souberem em que lugar ocorreu sua formação, a questão está definida, caso não se souber em onde ocorreu essa formação, pode ser deduzido pelas circunstâncias do fato, o que também é fácil de se estabelecer.

A fim de sanar eventuais dúvidas sobre a aplicação da lei, caso não se tenha ao certo o local de constituição da obrigação, o art. 9º § 2º entende que “a obrigação resultante do contrato reputa-se construída no lugar em que reside o proponente”⁶⁰. Tratando assim, sobre as obrigações firmadas entre ausentes. Já que neste caso é difícil se afirmar com certeza qual foi o lugar da constituição da obrigação, e assim entende-se que o local da celebração é o domicílio do proponente.

Ou seja, quando é firmado um contrato em que as partes não estão no mesmo território no momento do estabelecimento da obrigação, se leva em consideração, para fins de definição da lei aplicável, aquela do lugar em que residir o proponente do contrato.

Porém, destaca-se que a aplicação de tal regra só pode ocorrer quando o contrato for celebrado entre ausentes. Conforme Maria Helena Diniz:

⁵⁸ Idem

⁵⁹ Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em 19/11/2020 às 20:55

⁶⁰ Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em 20/11/2020 às 14:40

Os contratos Inter presentes dependerão, por sua vez, como vimos, na seara internacional, da lei do local onde forem contraídos, não se considerando a nacionalidade, o domicílio ou a residência dos contratantes. **Nos contratos por correspondência, em regra, as partes indicam o local da celebração do contrato, declarando qual das partes é o proponente, pois reputar-se-ão constituídos no lugar onde este residir** e a lei desse local será a competente para qualificar e reger as obrigações contratuais avençadas (sem grifos no original)⁶¹

Baptista destaca que por mais que o artigo seja claro e tente solucionar os eventuais conflitos que podem vir a ocorrer, ainda se encontra algumas dificuldades que devem ser solucionadas quando verificados pelo Juiz. Como por exemplo, quando cada uma das partes assina o documento do contrato em seu domicílio, trocando depois as cópias, ou quando o contrato é celebrado por via eletrônica, o que é extremamente comum atualmente.

O autor aponta também a ocorrência de casos em que há diversas contrapropostas sucessivas, constituindo assim o que algum chama de “*battle of forms*”. Sendo também necessário distinguir os contratos resultantes de uma proposta daqueles que nascem de negociações em que as partes vão formando sua vontade através de aproximações sucessivas, sem que ocorra assim uma proposta definitiva.

O autor relata:

Raros são os casos em que, nos contratos a distância, é possível se dizer com certeza quem fez a oferta. Usualmente, esta nasce através de tratativas e negociações entre as partes. É o exame destas que permitirá determinar objetivamente quando se passou do exame da questão, do domínio da informação, e da curiosidade interessada, para a afirmação da vontade de contratar.⁶²

Observe-se, assim, que de acordo com a lei brasileira, pela leitura do art. 9º não se pode entender pela autonomia da vontade na lei aplicável aos contratos internacionais. Regendo a obrigação o direito do país em que o contrato foi assinado, ou, caso a obrigação seja pactuada entre ausentes, o direito do país em que reside o proponente.

Ocorre que, ante a aplicação da autonomia da vontade, se tem uma divergência doutrinária, já que alguns doutrinadores entendem que a omissão da expressão “salvo

⁶¹ DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada**. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 263.

⁶² BAPTISTA, Luiz Olavo. **Contratos Internacionais**. 1. ed. Porto Alegre: LEX Magister, 2010, p 108

estipulação contrário” significa a completa eliminação da autonomia da vontade para escolha da legislação aplicável aos contratos internacionais.

Já outros defendem amplamente a autonomia da vontade como elemento de conexão, indicando que o ordenamento jurídico pátrio aceita tal escolha.

Há, ainda, os que entendem que, apesar de não estabelecer expressamente essa possibilidade, a LINDB também não proibiu essa hipótese, possibilitando uma espécie de autonomia da vontade indireta.

Ocorre que, o assunto não foi pacificado entre os doutrinadores. Dessa forma precisa-se ter cautela ao redigir uma cláusula de lei aplicável ao contrato, já que os tribunais brasileiros ainda não enfrentaram a questão diretamente. E nota-se que ao depararem com casos sobre a aplicação da lei acabam por utilizar da interpretação literal do art. 9º da LINDB, destacando a *lex loci contractus*, visualiza-se tal escolha com o julgamento do Resp.nº 963.852 / PR (2007/0145056-0) de Relatoria do Ministro Antonio Carlos Ferreira:

DIREITO CIVIL. LICC. APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA. OBRIGAÇÃO DECORRENTE DE CONTRATO DE FINANCIAMENTO BANCÁRIO DESTINADO A IMPORTAÇÃO DE EQUIPAMENTO INDUSTRIAL. CDC AFASTADO. ART. 535 DO CPC. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. DISPOSITIVO INAPLICÁVEL E IMPERTINENTE. TAXA DE JUROS. LIMITAÇÃO. INTERPRETAÇÃO DE NORMA CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE EM RECURSO ESPECIAL. 1. A norma do art. 9º, § 2º, da LICC (atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB), não se refere a domicílio, mas a simples "residência", revelando caráter temporário, vinculado ao local onde se encontrava o proponente no momento de propor a realização do negócio jurídico. 2. No caso concreto, conforme consta do acórdão recorrido, o que se tem é que o contrato de financiamento foi celebrado nos Estados Unidos da América e a importância respectiva seria repassada pela instituição bancária estrangeira diretamente à empresa americana exportadora do equipamento, da qual a empresa nacional recorrente adquiriu o equipamento de corte de metais. Ou seja, o contrato de financiamento foi celebrado no exterior e lá deveria ser cumprido, inexistindo esclarecimentos a respeito de como e onde foram realizadas as tratativas iniciais. Com isso, presume-se que a proposta foi realizada também no exterior e, na melhor interpretação do art. 9º, § 2º, da LICC, não há como deixar de aplicar a legislação estrangeira na relação contratual e examinada nestes autos, ficando afastada a incidência do CDC⁶³

5.3 Divergências doutrinárias

⁶³ Resp.nº 963.852 / PR (2007/0145056-0) Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira - Quarta Turma, disponível em <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/RevSTJ/article/download/6406/6532>. Acesso em 18/11/2020. As 18:46

Desde o código de 1916 a doutrina brasileira se divide quanto a aplicação ou não da autonomia da vontade, na escolha da lei aplicável aos contratos internacionais. A redação do art. 13 da Introdução do código de 1916 iniciou divergências quanto ao reconhecimento da autonomia da vontade, versava a regulamentação, salvo estipulação contrária, quanto aos efeitos e substância das obrigações, a lei do lugar, onde fossem contraídas.⁶⁴

O primeiro jurista brasileiro a publicar uma obra dedicada ao Direito Internacional Privado foi Pimenta Bueno em 1863, segundo comenta Nádia de Araújo, seu entendimento era contrário á escolha da lei aplicável através do princípio da autonomia da vontade. Isso porque, o autor entendia autonomia como o livre-arbítrio das partes em contratar e regular seus interesses como julgarem melhor, definindo assim essa liberdade como a de clausular. Para ele a lei aplicável não poderia ser outro senão a do local em que o ato se passava ou da execução do mesmo.⁶⁵

Amílcar de Castro foi outro importante jurista brasileiro que não se posicionou de forma favorável ao aspecto da autonomia da vontade, para o autor não existia a suposta autonomia da vontade e sim uma liberdade concedida e limitada pelo direito. As partes não tinham o direito de escolher o direito que regeria suas transações, e sim liberdade de transigir dentro do direito especial das faculdades do direito local da constituição do contrato.⁶⁶

Nádia de Araújo também entende a inaplicabilidade da autonomia da vontade como um elemento de conexão, para a autora:

Não se pode hoje afirmar a existência da autonomia da vontade para escolher a lei aplicável aos contratos internacionais no direito brasileiro, ante ao caput taxativo do art. 9º da LICC, expresso ao determinar como elemento de conexão a *lex loci contractus*. (...) Só quando a LICC for modificada, ou for adotada a Convenção Interamericana sobre o Direito Aplicável aos Contratos Internacionais (México, 1994) a incorporação do princípio ao direito brasileiro estará garantida.⁶⁷

⁶⁴ STRENGER, Irineu. **A autonomia da vontade em Direito Internacional Privado**. RT, São Paulo, 1968.

⁶⁵ BUENO, José Antonio Pimenta, **Direito Internacional Privado**, Rio de Janeiro, Typographia Imp. E Const. De J Villeneuve, 1863, p 112 e 113.

⁶⁶ CASTRO, Almicar, **Direito Internacional Privado**, 4ª ed. Com notas de Osiris Rocha, Rio de Janeiro, ed. Forense, 1987, p 437.

⁶⁷ ARAÚJO, Nádia de. **Contratos Internacionais. Autonomia da Vontade, MERCOSUL e Convenções Internacionais**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 282.

Seguindo esse pensamento Maria Helena Diniz entende que o art. 9º da LINDB se trata de uma norma cogente, essa que não pode ser alterada⁶⁸, já que se tratam de normas de ordem pública e não podem ser modificadas por vontade de particulares, pois resguardam os interesses da sociedade.

Dessa forma, resta compreendido que o disposto na LINDB não pode ser modificado, não cabendo as partes escolherem qual a lei material aplicável no negócio jurídico estipulado. Tendo tal artigo caráter imperativo.

Para Eduardo Espíndola deveria ser levado em conta a matéria regulada em caráter supletivo, interpretativo ou facultativo. Sendo competente a matéria imperativa a *lex loci celebrations*, essa que não poderia ser afastada por estipulação contrária das partes, e apenas as matérias de caráter supletivo as partes poderiam definir.⁶⁹

Segundo Nádia de Araújo o primeiro doutrinador brasileiro que adotou de forma expressa e categórica autonomia da vontade foi Lafayette Rodrigues Pereira, esse que foi incumbido a elaborar um projeto de Código de Direito Internacional Privado que seria apresentado à Comissão Internacional de Jurisconsulto para posteriormente ser discutido pela Conferência Interamericana. Porém as reuniões foram interrompidas em razão da primeira guerra mundial, e o assunto ficou sem definição. Tal ideia da autonomia da vontade somente seria adotada de forma clara em convenções internacionais.⁷⁰

Clóvis Bevilacqua entende que as partes têm autonomia para escolher a lei que se subordinam as obrigações que contraem, respeitando, por óbvio, a ordem pública e as imposições legislativas. Ainda acrescenta que a vontade somente atua na substância e efeitos da obrigação, não sendo possível que essa se incida em sua execução.

A verdadeira opinião parece-me aquela que, em primeiro lugar, atende à autonomia da vontade. Certamente não se erige o querer individual em força dominadora, cujo império desfaça as determinações das leis. De modo algum. A vontade individual para produzir efeitos jurídicos tem de colocar-se sob a égide da lei, da qual tira toda a sua eficácia social. Assim é que as leis de ordem pública impedem que a vontade produza efeitos jurídicos em contrário às suas prescrições... Colocada nos seus naturais limites e agindo de acordo com a lei, a vontade é a fonte geradora das obrigações convencionais e unilaterais, conseqüentemente, lhes deve ser

⁶⁸ DINIZ, Maria Helena de. **Lei de introdução ao Código Civil Interpretada**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 246.

⁶⁹ ESPÍNDOLA, Eduardo apud Nádia Araújo, op. cit. p. 88

⁷⁰ ARAUJO, Nádia, **Contratos Internacionais, autonomia da vontade, mercosul e convenções internacionais**, 4ª ed. Rio de Janeiro, ed. Renovar, 2009, p 98.

permitido, nas relações internacionais, escolher a lei que se subordinem as obrigações, livremente contraídas ⁷¹

Bevilaqua ainda aponta para a a intenção das partes quando se realizasse a interpretação dos contratos, ressaltando que se a interpretação fosse falha ou obscura, deveria se atentar as circunstâncias de fato, para que essas determinem o alcance das palavras empregadas. O autor ainda sustentava que a vontade era fonte geradora das obrigações convencionais e unilaterais, conseqüentemente, lhe deveria ser permitido, nas relações internacionais, a escolha da lei que subordinasse as obrigações livremente convencionadas.

Valladão e Strenger acreditam que a regra do art. 9º da LINDB só se aplica se não ocorrer escolha de lei pelas partes. Ambos são adeptos a teoria da autonomia da vontade, segundo a qual, como já vimos anteriormente, as partes têm a liberdade de escolher qual ordenamento jurídico recairá sobre seu contrato.

Valladão argumenta que para o real sentido da norma deve-se analisar o critério histórico e teleológico. Jacob Golinger também demonstra esse entendimento:

o direito brasileiro sempre admitiu a interpretação teleológica da lei, e segundo esta, é indubitável que, considerada a realidade das relações jurídicas internacionais da atualidade, considerado o panorama do direito internacional privado contemporâneo, considerado os interesses da economia brasileira, em crescente internacionalização, que o artigo 9º da LICC não impõe qualquer óbice à escolha de outra lei que a *lex contractus*.⁷²

Além da defesa dos critérios históricos e teleológico para a interpretação do art. 9º, valladão entende que se o §2º do art. 9º compreende pela autonomia da vontade para contratos entre ausentes, o mesmo deveria ocorrer entre presentes.

Menciona também que como a Lei de arbitragem consagrou a autonomia da vontade como válida na escolha do direito aplicável a contratos internacionais, não se tem coerência em não aplicar tal princípio na esfera judicial.

Lauro Gamo Junior, para demonstrar a possibilidade da autonomia da vontade, utiliza de uma esfera constitucional. Para o jurista vedar a escolha da lei aplicável seria

⁷¹ BEVILAQUA, Clóvis, **Princípios Elementares do Direito Internacional Privado**, 4ª ed, Rio de Janeiro, Livraria Ed. Freitas Bastos, 1944, p 358.

⁷² DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado [Parte Especial] – Direito Civil Internacional, vol. II - Contratos e Obrigações no Direito Internacional Privado**. Rio de Janeiro. Renovar. 2007, p. 458.

inconstitucional, pois tal entendimento afronta o princípio fundamental da autonomia privada, assegurado pela Constituição Federal.⁷³

Relata o autor:

(...) podemos afirmar que o artigo 9º LICC, interpretado conforme a Constituição brasileira, não proíbe a eleição voluntária do direito aplicável ao contrato internacional. De outro lado, a autonomia privada (artigo 5º, II, da Constituição) que se irradia objetivamente por todo o sistema do direito privado, assegura por isso, a validade e eficácia da escolha do direito aplicável feitas pelas partes, desde que observados os limites impostos pelas normas imperativa e pela ordem pública.⁷⁴

O doutrinador Oscar Tenório defende que embora o art 9º não estabeleça de forma expressa a aceitação da autonomia da vontade como elemento de conexão, também não a repudia. Dessa forma, para o autor, quando a lei do local da celebração contratual aceitar a escolha da lei, essa poderá ocorrer. Não se podendo excluir a autonomia da vontade se esta for admitida pela lei competente.

Dessa forma o autor entende pela aceitação da autonomia da vontade de forma indireta, no campo das normas supletivas, sendo sempre que ser respeitado as normas imperativas e a ordem pública.

Percebe-se que a doutrina tem uma grande divergência quanto o tema, e por mais que muitos autores entendam pela aplicação da autonomia da vontade, não há qualquer segurança jurídica de que tal manifestação será acatado pelo judiciário brasileiro. Diferente do que ocorre em países que já tem tese pacificada quanto ao assunto.

5.4 Demais disposições quanto ao tema

5.4.1 Convenção Interamericana sobre Direito Internacional Privado

⁷³ GAMA JUNIOR, Lauro. **Autonomia da vontade nos contratos internacionais no Direito internacional Privado brasileiro: uma leitura constitucional do art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil em favor da liberdade de escolha do direito aplicável.**In: O direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Jacob Dolinger, Carmen Tibúrcio e Luis Roberto Barroso (organizadores). Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 436.

⁷⁴ GAMA JUNIOR, Lauro. **Autonomia da vontade nos contratos internacionais no Direito internacional Privado brasileiro: uma leitura constitucional do art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil em favor da liberdade de escolha do direito aplicável.**

As Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPs) são reuniões especializadas, feitas por iniciativa da Organização dos Estados Americanos (OEA), que buscam promover a codificação e uniformização do DIPr no âmbito do continente americano.

Em todas as CIDIPs adotou-se as reuniões técnicas setoriais, essas que tem aprovações de várias convenções. Porém no tocante a autonomia da vontade para a escolha da lei aplicável se tem destaque a “quinta conferência Especializada Interamericana sobre Direito Internacional Privado” (Cidip V), realizada na cidade do México, que elaborou o projeto da Convenção sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais, também conhecida como Convenção do México.

Seu artigo primeiro estabelece a aplicabilidade da convenção aos contratos internacionais. Para ela serão considerados internacionais, aqueles contratos que as partes tenham sua residência habitual ou seu estabelecimento em Estados-Partes diferentes, ou se o contrato tiver contatos objetivos com mais de um Estado-Parte.

Luiz Olavo Baptista menciona que a convenção se aplica a em contratos em que as partes sejam entes de direito privado ou público, se o Estado-Parte a que esses entes se vinculam não tiver deito reserva quanto a aplicação do tratado a contratos celebrados por entidades ou organismos estatais⁷⁵

Baptista ainda destaca que o art. 5º estabelece uma série de restrições quanto a modalidades de operações comerciais internacionais, a cláusula arbitrais de eleição de foro, certos efeitos da nulidade, direito societário, e, segundo o art. 6º a contratos que sejam objetos específicos entre os estados partes:

Art. 5º Esta Convenção não determina o direito aplicável a:

- a) questões derivadas do estado civil das pessoas físicas, capacidade das partes ou conseqüências da nulidade ou invalidado do contrato que decorram da incapacidade de uma das partes;
- b) obrigações contratuais que tenham como objeto principal questões sucessórias, testamentárias, de regime matrimonial ou decorrentes de relações de família;
- c) obrigações provenientes de títulos de crédito;
- d) obrigações provenientes de transações de valores mobiliários;
- e) acordos sobre arbitragem ou eleição de foro;
- f) questões de direito societário, incluindo existência, capacidade, funcionamento e dissolução das sociedades comerciais e das pessoas jurídicas em geral.⁷⁶

⁷⁵ BAPTISTA, Luiz Olavo. **Contratos Internacionais**. 1. ed. Porto Alegre: LEX Magister, 2010, p 113

⁷⁶ Disponível em: < <http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/b-56.htm>>. Acesso em 24/11/2020 às 21:13

Art. 6º As normas desta Convenção não serão aplicáveis aos contratos que tenham regulamentação autônoma no direito convencional internacional vigente entre os Estados Partes nesta Convenção.⁷⁷

Tendo inspiração na Convenção de Roma de 1980, a convenção privilegia a escolha da lei aplicável pelas partes e determina que, na falta da escolha, seja aplicada a lei com que o contrato tenha vínculos mais estreitos. O próprio tratado recomenda aos julgadores para que leve em conta todos os elementos subjetivos ou objetivos do contrato para assim estabelecer a conexão do contrato com um sistema jurídico. Vemos isso em seu art.9º.

Art.9º Não tendo as partes escolhido o direito aplicável, ou se a escolha do mesmo resultar ineficaz, o contrato reger-se-á pelo direito do Estado com o qual mantenha os vínculos mais estreitos. O tribunal levará em consideração todos os elementos objetivos e subjetivos que se depreendam do contrato, para determinar o direito do Estado com o qual mantém os vínculos mais estreitos. Levar-se-ão também em conta os princípios gerais do direito comercial internacional aceitos por organismos internacionais...⁷⁸

Destaca-se que a convenção também declara que deve se levar em consideração princípios gerais do direito do comércio internacional aceitos por organismos internacionais, Baptista ainda acentua que o único organismo internacional que adota princípios aplicáveis aos contratos internacionais é a Unidroit, sendo assim, uma situação bem específica.⁷⁹

Ressalata que a Uncitral, que também se ocupa do direito relativo ao comércio internacional, não chegou a codificar ou elaborar listas ou relações de princípios gerais. Outros organismos podem até ter feito referência a alguns princípios de direito, mas Baptista destaca que isso não parece corresponder ao objetivo fixado no art. 9º da convenção.⁸⁰

Em seu 10º art. a convenção entende a necessidade da aplicação de usos e costumes e princípios do direito do comércio internacional, a fim de assegurar exigências imposta pela justiça, vejamos:

⁷⁷ Idem Disponível em: < <http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/b-56.htm>>. Acesso em 24/11/2020 às 21:13

⁷⁸ Disponível em: < <http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/b-56.htm>>. Acesso em 24/11/2020 às 21:31

⁷⁹ BAPTISTA, Luiz Olavo. **Contratos Internacionais**. 1. ed. Porto Alegre: LEX Magister, 2010, p 113

⁸⁰ Idem, p. 114

Art.10º Além do disposto nos artigos anteriores, aplicar-se-ão, quando pertinente, as normas, costumes e princípios do direito comercial internacional, bem como os usos e práticas comerciais de aceitação geral, com a finalidade de assegurar as exigências impostas pela justiça e a equidade na solução do caso concreto.⁸¹

No art. 11 trata sobre as exceções às aplicações do direito escolhido pelas partes, basicamente, o direito não poderá ser aplicado quando possuir caráter imperativo.

Destaca-se que embora o Brasil seja um dos países signatários desta convenção, esta ainda não foi ratificada⁸², fato que significa que a convenção ainda não está em vigor.

Menciona-se também que a ratificação de presente convenção resultaria em um sepultamento do art. 9º da LINDB, já que o art. 2º da convenção determina que o Direito designado por ela se aplica inclusive para países que não fazem parte da convenção.

Nadia de Araujo ainda relata que a regra tem caráter substitutivo e, se entrar em vigor, substituirá o direito interno dos países signatários, contribuindo assim para uma uniformização do Direito Internacional Privado na América Latina.⁸³

5.4.2 Protocolo de Buenos Aires (Mercosul)

No livro Contratos Internacionais, de Luiz Olavo Baptista o autor ainda faz menção ao protocolo de Buenos Aires (Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do MERCOSUL) esse que tem como objetivo a unificação das regras de jurisdição internacional em matéria de contratos, no seio do Mercosul (arbitragem).

O Protocolo de Buenos Aires foi ratificado pelo Decreto Legislativo nº 265, de 29/11/2000, e promulgado, em 04/05/2003, pelo Decreto-Lei nº 4.719.

Em seu art. 1º o protocolo menciona que se aplica-se aos contratos internacionais civis ou comerciais entre pessoas físicas e jurídicas, que tenham domicílio ou sede social nos países membros do Tratado de Assunção. Ou então

⁸¹ Disponível em: < <http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/b-56.htm>>. Acesso em 24/11/2020

⁸² Até o presente momento, somente o México e a Venezuelas ratificaram a Convenção do México. Informação disponível em: <http://www.oas.org/juridico/english/sigs/b-56.html> Acesso em 25/11/2020 às 14:52.

⁸³ ARAÚJO, Nádia de. Contratos Internacionais. **Autonomia da Vontade, MERCOSUL e Convenções Internacionais**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.193.

quando, pelo menos uma das partes tenha seu domicílio ou sede em um desses países e tenha havido a eleição de foro em um desses países, além de ser necessário estar presente uma razoável conexão segundo as regras de jurisdição do protocolo.⁸⁴

Entretanto em seu art. 10º é tratado sobre a lei aplicável, estabelecendo a faculdade das partes em escolhê-la, com base no direito internacional privado e seus princípios, assim como no direito internacional comercial. Baptista entende que a frase, altissonante é oca, pois bastaria dizer que as partes têm a liberdade de escolher a lei aplicável.

Art.10º Direito aplicável à controvérsia pelo tribunal arbitral:

As partes poderão eleger o direito que se aplicará para solucionar a controvérsia com base no direito internacional privado e seus princípios, assim como no direito de comércio internacional. Se as partes nada dispuserem sobre esta matéria, os árbitros decidirão conforme as mesmas fontes.

O artigo também menciona que se as partes não dispuserem sobre essa matéria os árbitros decidirão conforme a fonte do direito internacional privado ou as do comércio internacional.

⁸⁴ BAPTISTA, Luiz Olavo. **Contratos Internacionais**. 1. ed. Porto Alegre: LEX Magister, 2010, p 115.

6 A ARBITRAGEM COMO ESCOLHA DA LEI APLICÁVEL

A arbitragem é um meio de solução de conflito extrajudicial em que as partes submetem seus litígios, existentes ou futuros, a um ou mais especialistas em certo tema, que não pertencem ao Poder Judiciário, mas que tal decisão, baseada no Direito, possui caráter vinculante.

O Código de Processo Civil estabelece expressamente em seu art. 3, §1º, que no Brasil, “*É permitida a arbitragem, na forma da lei*”.

Necessário salientar que nem todas as matérias podem ser submetidas a um juízo arbitral. Em geral, apenas questões patrimoniais podem passar por esse processo. Como é enfatizado no artigo 1º, *caput*, da Lei 9.307/96, onde determina-se que “*As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis*”. Caso haja alguma restrição no direito interno, este terá seu reflexo em âmbito internacional.

A decisão de ter seu litígio submetido a análise de um árbitro ou tribunal arbitral é feito pelas partes em relação jurídica, por meio de “cláusula compromissória”, constante no contrato ou em documento a parte, tal cláusula, em geral, define os poderes dos árbitros, o procedimento arbitral e outras questões relevantes ao caso.

Referida cláusula deve ser necessariamente escrita, e dela a parte não se pode fugir em função da *Pacta sunt servanda*⁸⁵. A lei ainda prevê que a cláusula compromissória tem caráter autônomo, em relação ao contrato, de forma que mesmo ocorrendo vícios no negócio, esses não implicam, necessariamente em nulidade da cláusula compromissória.⁸⁶

Entretanto, caso tal cláusula não tenha sido elencada no contrato, nada impede que as partes recorram a arbitragem após o aparecimento do litígio. Tal ato pode ser feito por intermédio de um “compromisso arbitral”. Esse que se trata da convenção bilateral das partes, em que estas renunciaram a jurisdição estatal e optam a se submeterem à decisão de árbitros por elas indicadas.⁸⁷

⁸⁵ *Pacta sunt servanda*: afirmação de força obrigatória que os pactos, contratos ou obrigações possuem. Devendo ser assumidos e respeitados e cumpridos integralmente. Tem como ideia que o contrato foi firmado pela iniciativa das partes, alicerçado na autonomia a vontade.

⁸⁶ GUILHERME, Luiz Fernando do Vale Almeida. **Distinção entre cláusula compromissória e compromisso arbitral no Brasil**. Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/3090/distincao-entre-clausula-compromissoria-e-compromisso-arbitral>. Acesso em 02/03/2021 às 19:00

⁸⁷ Idem.

Na prática, tanto a cláusula compromissória quanto o compromisso arbitral acabam sendo chamados também de “cláusula arbitral” ou “convenção de arbitragem”. O importante é compreender que se trata da vontade das partes de que a resolução de um possível litígio recaia sobre a arbitragem.

O autor Gustavo Bregalda entende que a arbitragem é regida por sete princípios, sendo eles, 1. Competência: em que o árbitro tem poder para decidir sobre a existência e validade da cláusula arbitral, 2. Imparcialidade do árbitro: o árbitro deve ter interesse na resolução do conflito sem benefício de uma das partes, 3. Livre convencimento do árbitro e motivação das decisões: o árbitro pode avaliar livremente as alegações e provas, mas deve fundamentar a motivação de sua decisão, 4. Devido processo legal: o árbitro deve se guiar pela regra do contraditório e ampla defesa, assim como no processo civil 5. Boa-fé: as partes ao optarem pela arbitragem não devem dificultar seu desenvolvimento, 6. Autonomia da cláusula compromissória: nulidades relativas ao contrato não vão vir a afetar o compromisso arbitral, e 7. Autonomia da vontade: na arbitragem as partes têm grande margem para decidir acerca do funcionamento do mecanismo arbitral, podendo inclusive decidir sobre o Direito material aplicável.⁸⁸

No âmbito internacional nós temos o desenvolvimento de duas categorias principais de arbitragem, sendo elas a arbitragem internacional pública, essa que é aplicada nas relações jurídicas que tem como uma das partes sujeito de direito internacional público, e a arbitragem internacional privada, que tem sua aplicabilidade em relações jurídicas entre sujeitos de direito privado.

A arbitragem atrai muito interesse não apenas por sua celeridade, mas também pelo fato dos árbitros do litígio possuírem um grau de especialização técnica quanto ao objeto do contrato, tal grau de especialização não ocorre na justiça comum. Dessa forma, o emprego da arbitragem é muito comum no campo do comércio internacional e dos negócios em geral, momento em que a dinâmica das relações econômicas exige soluções rápidas considerando sempre as peculiaridades da atividade econômica.⁸⁹

Dentro de uma disputa que será julgada pelo sistema arbitral se visualiza uma autonomia que não seria possível em um sistema jurídico convencional, fato que cada vez mais atrai os contratantes a adotarem esse sistema em suas negociações.

⁸⁸ BREGALDA, Gustavo. **Direito Internacional público e direito internacional privado**, p. 247-248.

⁸⁹ BREGALDA, Gustavo. **Direito internacional público e direito internacional privado**, p. 247.

A arbitragem é regulada, em princípio, por normas de Direito Interno. Porém tal mecanismo de resolução de conflito vem tomando proporções tão importantes que tem levado os Estados a estabelecer regramentos uniformes quanto a matéria, o que, ao evitar a coexistência de ordenamentos distintos quanto ao tema, acaba por conceder a estabilidade aos relacionamentos externos. Assim, a arbitragem é regulada também por meio de tratados.

A principal referência jurídica internacional sobre o tema é a Lei Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional, de 1985, que foi elaborada pela Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL), que pode ser classificada como *soft law*⁹⁰ e assim vem servindo de parâmetro para a elaboração de tratados e normas de Direito Interno em matéria de arbitragem.

A UNCITRAL é um órgão subsidiário da Assembleia Geral da ONU que aborda acerca do comércio internacional, a partir de textos legislativos e não legislativos que abordam sobre venda internacional de bens, resolução de disputas comerciais internacionais, comércio eletrônico, insolvência transfronteiriça, transporte internacional de bens, pagamentos internacionais. Destaca-se que os textos abordam também regras de condutas nos procedimentos de arbitragem, notas sobre a organização e conduta nos procedimentos arbitrais e guias jurídicos quanto contratos de trocas comerciais.

No Brasil, o principal diploma legal interno quanto o assunto, é a lei de arbitragem. Essa primeiramente foi estipulada em 1996, o que deu origem a Lei de arbitragem nº 9.307/96. Porém em 2015 a arbitragem passou pela reformulação de alguns artigos, surgindo assim, a nova Lei de arbitragem 13.129/2015, que veio para fim de ampliar o âmbito da aplicação de arbitragem, dispor sobre a escolha dos árbitros, deliberar a cerca da concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, além de deliberar sobre a carta e sentença arbitral, e revogar alguns dispositivos da Lei 9.307, de 1996.

6.1 Escolha da lei aplicável as arbitragens internacionais

⁹⁰ Segundo Valério Mazzuoli *Soft Law* são regras que tem valor normativo menos constringentes que os das normas jurídicas tradicionais, seja porque o instrumento que as obrigam não tem o status de "norma jurídica" ou porque seus instrumentos não criam obrigação de direito positivo nos estados.

Conforme observado anteriormente a autonomia da vontade não é admitido pelo Direito brasileiro como um elemento de conexão para determinar a lei aplicável no contrato internacional, porém ao se falar de um contrato em que as partes optaram pela arbitragem o foco da discussão muda, e a intervenção estatal deixa de recair em tal negócio jurídico.

A autonomia da vontade, que já foi elemento de conexão antes da Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro, agora volta a integrar o direito brasileiro pelo meio da arbitragem, como já havia ocorrido, em caráter limitado, pela via da Cidip V.

Segundo o autor Luiz Olavo Baptista, desde que a arbitragem começou a ser utilizada, abandonou-se o critério do art. 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro, adotando apenas o critério da autonomia das partes à escolha da lei que regerá o contrato. Além disso, a própria *práxis* arbitral dá aos árbitros mais liberdade que a lei concede aos juízes no exame de certas questões, dentre elas a apreciação sobre a lei aplicável.⁹¹

Baptista também defende que a lei de arbitragem garante as partes um alto grau de autonomia. Como é mais recente e mais específica que a Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro, suas previsões acabam por afastar a aplicação da LINDB sempre que um contrato obtiver uma cláusula compromissória ou cláusula arbitral.⁹²

A arbitragem tem como condão levar o litígio das partes a uma resolução extrajudicial, em que se tem uma liberdade muito maior em relação ao judiciário. Vimos que um dos princípios que regem a arbitragem é a autonomia da vontade, princípio esse que é capaz até de autorizar as partes contratantes a aplicar o direito material que melhor achem indicado para o caso concreto, desde que não violem os bons costumes e a ordem pública.

Tais regras podem ser de Direito interno (nacional ou estrangeiro) ou internacional. Podendo escolher também se a arbitragem se realizara de acordo com base nos princípios gerais de direito, nos costumes e nas regras de internacionais do comércio.

⁹¹ BAPTISTA, Luiz Olavo. **Contratos Internacionais**. 1. ed. Porto Alegre: LEX Magister, 2010, p 116.

⁹² Idem.

Afirma Nádia de Araújo:

Permite-se, agora, às partes, em um contrato nacional ou internacional, estipular na convenção arbitral a lei aplicável, ou ainda determinar a aplicabilidade de princípios gerais do direito, além dos usos e costumes. Podem, assim, ser utilizados os “Princípios para os Contratos Comerciais Internacionais”, criados pelo UNIDROIT, em 1994.”⁹³

O princípio da autonomia das partes no Brasil tem uma interpretação ampla, quando se refere a cláusulas arbitrais, como repetidamente explicado por autores brasileiros. Dessa forma se reforça a ideia de que em uma arbitragem a autonomia da vontade é amplamente aceita, já que, a lei utilizada para o julgamento do litígio será aquela já determinada em contrato.

Quando as partes escolhem a lei que os árbitros deverão aplicar para solucionar a disputa, em regra, não há necessidade de que a lei escolhida tenha qualquer conexão com o objeto da controvérsia. Aqueles que geralmente defendem a necessidade de alguma conexão estão se referindo a questões submetidas ao Judiciário Nacional. Na arbitragem, que se situa além de qualquer ordenamento jurídico nacional, encontrando-se no domínio neutro do direito comercial transnacional, as partes são inteiramente livres com relação à escolha da lei aplicável”⁹⁴

Se por um lado, o Direito brasileiro, segundo a interpretação literal do art. 9º da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (LINDB) não permite a autonomia da vontade como elemento de conexão em contratos, a lei 9.307/96 (lei de arbitragem) em seu artigo 2º, determina expressamente que as partes do litígio poderão escolher abertamente as regras a serem aplicadas na resolução de seus conflitos, conforme transcreve:

Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

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

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

⁹³ LEE, João Bosco. **Arbitragem Comercial Internacional nos Países do Mercosul**. Curitiba: Juruá, 2002. p. 119.

⁹⁴ J. Dolinger; e C.Tiburcio. Carmen apud P. A. B. MARTINS, **Apontamento sobre Lei de Arbitragem: Comentários à Lei 9.307/96**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. P 48.

O autor Luiz Olavo Baptista menciona que o art 2º da lei de arbitragem não levanta grandes debates, já que sua linguagem expande intencionalmente os limites da autonomia da vontade das partes na escolha da lei aplicável ao contrato celebrado, estabelecendo todo tipo de escolha de lei admitida em foro arbitral. Ressalta que o uso da palavra “livremente” demonstra de modo claro que o legislador não quis que houvesse dúvida quanto tal autonomia de escolha⁹⁵

O autor ainda menciona sobre as escolhas não se limitarem a apenas leis, mas também abranger princípios gerais do direito, costumes e normas internacionais.

Assim, o primeiro parágrafo permite a escolha da lei de qualquer nação, e o segundo abre ainda mais as portas, permitindo a escolha de princípios gerais de direito, costume, usos e normas internacionais de comércio como lei aplicável. Para ilustrar, é possível escolher os princípios europeus aplicáveis aos contratos, os princípios Unidroit ou as regras Fidic, ou, em se tratando de certas commodities, as regras do Gafta, e assim por diante.⁹⁶

Outros doutrinadores brasileiros seguem essa ideia e acreditam que a possibilidade da escolha da lei aplicável demonstra um verdadeiro avanço na matéria de direito internacional privado. Como diz Lauro Gama Jr:

Trata-se de verdadeira revolução do direito internacional privado brasileiro, pois a lei expressamente confere validade e eficácia à eleição feita pelos contratantes, não apenas em favor de um direito nacional ou tratado internacional, como também de normas que constituem direito não estatal, transnacional, como os Princípios do UNIDROIT.⁹⁷

Nádia de Araújo também tem tal entendimento:

Um avanço no tratamento da matéria é a possibilidade de livre escolha da lei pelas partes no juízo arbitral, o que é admitido amplamente pela Lei de Arbitragem – Lei nº 9.307 de 1996.⁹⁸

⁹⁵ BAPTISTA, Luiz Olavo. **Convenção de arbitragem e escolha de lei aplicável: uma perspectiva do direito brasileiro**. Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 27/2010 | p. 11 - 34 | Out - Dez / 2010
Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação | vol. 2/2014 | p. 297 - 318 | Set / 2014
DTR\2010\743

⁹⁶ Idem.

⁹⁷ GAMA JUNIOR, Lauro. **Autonomia da vontade nos contratos internacionais no Direito internacional Privado brasileiro: uma leitura constitucional do art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil em favor da liberdade de escolha do direito aplicável**. In: O direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Jacob Dolinger, Carmen Tibúrcio e Luis Roberto Barroso (organizadores). Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 442.

⁹⁸ ARAÚJO, Nádia de. **Contratos Internacionais. Autonomia da Vontade, MERCOSUL e Convenções Internacionais**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 356.

Destaca-se que mesmo a escolha da lei sendo expressamente aceita em arbitragem tal ideia não foi logo posto em prática, existindo a dúvida se a lei escolhida poderia ser aplicável ou se o disposto no art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC) era de observância obrigatória.

O entendimento da jurisprudência brasileira, conforme decisão proferida pela 7ª Câmara do 1º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo – 1º TACSP, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 1.111.630-0, reconheceu a autonomia da vontade das partes na eleição da lei aplicável ao contrato com fundamento no artigo 2º da Lei 9.307/96 (lei de arbitragem)⁹⁹

A lide se tratava de um contrato internacional de agência com cláusula compromissória, celebrado entre parte brasileira e parte francesa, em que elegeram o direito francês para regê-lo, tal escolha foi validada pelo tribunal, devido a cláusula compromissória, verifica-se ementa do acórdão:

Arbitragem – constitucionalidade – contrato de agência contendo cláusula que impõe a resolução dos conflitos no juízo arbitral, segundo o direito francês – validade – inteligência do art. 2º da Lei nº 9.307/96 – incidência do princípio da autonomia da vontade – 2) inépcia da inicial – ilegitimidade passiva – inoccorrência – inicial que preenche os requisitos legais – alegação de existência de contrato verbal de representação comercial – cabimento – recurso parcialmente provido.

A decisão ainda acaba por salientar que o instituto da autonomia da vontade é válido nos conflitos arbitrais, ou seja, as partes podem eleger, em comum acordo, uma lei diversa da brasileira para dirimir a controvérsia, desde que seja observado os princípios da ordem pública e bons costumes. A decisão esclarece também que a Lei de Introdução ao Código Civil tem natureza supletiva.

Conforme acentuou o Relator Waldir de Souza José:

Não há invocar-se a Lei de introdução ao Código Civil Brasileiro, que só tem aplicação quando houver omissão ou controvérsia a respeito do direito aplicável à hipótese. Como a lei nº 9.307/96, em seu art. 2º, permite que as partes possam livremente escolher as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, não se verifica o impedimento arguido. Pela mesma razão não se vislumbra vício em haver previsão de que seja com base no direito francês que os árbitros venham a resolver a pendenga¹⁰⁰

Vale mencionar que também se tem decisões do STJ no mesmo sentido:

⁹⁹ 1º TACSP, 7ª Câmara, agravo de instrumento nº 1.111.650-0, relator juiz Waldir de Souza José.

¹⁰⁰ Idem.

Ao eleger o direito material suíço para a solução da controvérsia, as partes renunciaram à aplicação da lei interna de seu respectivo país, em prol da regulação da matéria por um sistema normativo estrangeiro. Não há, na arbitragem internacional, qualquer restrição a que se faça isso (art. 2º, §1º, da Lei 9.307/99)¹⁰¹

Com tais entendimentos doutrinários e jurisprudência, fica claro o posicionamento brasileiro no sentido de aceitar a autonomia da vontade como forma de escolha para lei aplicável aos contratos internacionais quando se tem a arbitragem como escolha para meio de composição de litígios.

Pela possibilidade de escolha da lei na arbitragem, escolha essa, que como já mencionado, é aceita pelos tribunais, pode-se dizer que esse método de resolução de conflito é o que oferece mais segurança jurídica para os contratantes. Já que, dessa forma a vontade das partes vai ser amplamente seguida.

Destaca-se ainda que além dessa vantagem a arbitragem também oferece uma celeridade e grau de especialidade maior que o judiciário brasileiro. Esse fato torna a arbitragem uma escolha muito vantajosa principalmente para os contratos do comércio internacional, esse que, muitas vezes necessitam de um deslinde rápido de seus conflitos.

Em outro momento veremos quais as vantagens e desvantagens na escolha da arbitragem como método de resolução de conflito, em que tais bônus e ônus serão aprofundados.

6.2 Escolha da lei aplicável às arbitragens internas

A autonomia da vontade das partes concedida pela lei de arbitragem não sofre limitações nos contratos internos, assim como nos contratos internacionais, as partes também podem optar por utilizarem uma lei estrangeira para a resolução do litígio.

Porém, insta necessário destacar que se tem um impasse ao se tratar da escolha da lei aplicável em arbitragens que não possuem caráter internacional, ou seja, aquelas em que não possuam os elementos de conexão internacional, já citados no primeiro capítulo da pesquisa.

¹⁰¹ STJ, SEC nº 3.035, Corte Especial, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 19.08.2009. Citado Trecho do voto-vista da Ministra Nancy Andrighi.

Ocorre divergência doutrinária, já que pela interpretação da lei nada impede que a mesma ideia aplicável aos contratos internacionais também recaia sobre os contratos nacionais.

Dessa forma tanto em arbitragens internas, quanto em arbitragens internacionais, seria possível a utilização da autonomia da vontade na lei aplicável ao conflito.

Segundo Nádia de Araújo, em arbitragem, a escolha da lei aplicável não é possível apenas quando a arbitragem tiver caráter internacional, mas também quando essa se restringir a partes de mesmo sistema jurídico, alcançando assim os contratos internos.

E, ao menos com relação ao direito pátrio, houve um grande progresso recentemente, com a introdução no ordenamento jurídico brasileiro da liberdade de escolha da lei aplicável através da lei 9.307/96 sobre arbitragem, mostrando que o Brasil passa a aceitar o princípio da autonomia da vontade sem maiores vacilações. Sua incorporação no sistema nacional aumentou, inclusive, seu campo de incidência, pois agora permitir-se-á a autonomia da vontade não só para os contratos internacionais, como também para os internos, sempre que houver convenção de arbitragem¹⁰²

Em contrapartida temos o entendimento do autor João Bosco Lee, esse que entende que ao tratarmos de contratos internos, que ao envolverem partes brasileiras e serem celebrados e executados no Brasil, esses devem, necessariamente se sujeitar ao direito brasileiro:

O reconhecimento da autonomia da vontade é certamente uma revolução no direito internacional privado brasileiro e era mesmo imperativo para que a lei de arbitragem fosse eficaz, mas a sua extensão à arbitragem interna é “excessiva e escabida”. À arbitragem interna se impõe o direito interno. Como ensina Jean Christophe Pommier: “em presença de um contrato interno, a única lei competente suscetível de reger este contrato é a ordem jurídica interna onde todos os pontos de contato convergem”. Professores Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard e o saudoso Berthold Goldman adotam a mesma posição: “Um primeiro ponto é incontestável Se todos os pontos de contato conduzem a um só País, a arbitragem em questão não será nada além de uma arbitragem nacional, submetida ao direito interno deste País...”. De fato, “a possibilidade de designação da lei aplicável ao contrato pelas partes supõe que a arbitragem esteja revestida pelo caráter internacional, como exigência prévia”.¹⁰³

¹⁰² ARAÚJO, Nádia de. **Contratos Internacionais. Autonomia da Vontade, MERCOSUL e Convenções Internacionais**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 206-207.

¹⁰³ LEE, João Bosco. **A Lei 9.307/96 e o direito aplicável ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional**. *Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, nº 11, Ano 4, janeiro/março de 2001, p. 355-356.

Percebe-se que o autor entende que para que ocorra a possibilidade de escolha da lei é necessário que as partes esteja revestida pelo caráter internacional, ou seja, que os elementos de conexão estejam presentes no caso concreto.

O entendimento da aplicabilidade da autonomia da vontade nas arbitragens internas não encontra paralelo com leis de outros Estados e convenções internacionais, essas que não determinam que as partes, em contrato interno, determinarem a lei aplicável a arbitragem.

Ocorre que, de acordo com o direito brasileiro, o uso da arbitragem para resolução de litígios tem a vantagem de permitir às partes que afastem a aplicação da LICC e apliquem a lei estrangeira que melhor atenda às necessidades do negócio jurídico. Nesse sentido os tribunais brasileiros, que vem sendo bastante favorável a arbitragem, corroboram com esse entendimento.¹⁰⁴

Destaca-se que parte da doutrina realmente costumava ser reticente quanto a essa posição, como já visto, porém, atualmente, a maioria está de acordo com ela. E mesmo aqueles doutrinadores que eram contra tal posição, acabam por reconhecê-la. Inclusive Luiz Otavio Baptista comenta que o autor João Bosco Lee, deixou claro que embora não esteja contente com a opção do legislador brasileiro, reconhece a opinião da doutrina brasileira.¹⁰⁵

6.3 Vantagens e Desvantagens da adoção da arbitragem

Como já mencionado a escolha da arbitragem como método de resolução de disputa traz uma série de benefícios para as partes que optarem pelo procedimento arbitral. Isso porque tal método é 1. mais rápido e menos formal, 2. é mais flexível ao interesse das partes, já que, por exemplo, as audiências podem ser marcadas em horários e locais de escolha das partes, 3. obedece aos mesmos princípios de neutralidade, confiabilidade e imparcialidade do procedimento judicial, concedendo assim segurança jurídica às decisões arbitrais, 4. confere uma maior especialização dos árbitros julgadores, já que esses são especialista na matéria objeto do litígio, 5. as partes têm mais autonomia, pois além de escolherem os árbitros também poderão

¹⁰⁴ BAPTISTA, Luiz Olavo. **Convenção de arbitragem e escolha de lei aplicável: uma perspectiva do direito brasileiro.** *Revista de Arbitragem e Mediação* | vol. 27/2010 | p. 11 - 34 | Out - Dez / 2010 *Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação* | vol. 2/2014 | p. 297 - 318 | Set / 2014 DTR\2010\743

¹⁰⁵ Idem.

escolher o direito material aplicável ao caso, 6. como a arbitragem tem como princípio a autonomia das partes, essa implica uma postura de cooperação dos envolvidos em busca de soluções ágeis, preservando, principalmente, as boas relações entre as partes, 7. O caráter sigiloso das decisões, fato que, em juízos judiciais, apenas são encontrados em casos especiais previstos em lei.¹⁰⁶

O autor Diogo de Figueiredo Moreira Neto acrescenta também os seguintes aspectos positivos da escolha da arbitragem como método de resolução de litígios:

contribuem para aprimorar a governabilidade dos estados contemporâneos, aliviando a plethora de tarefas que lhe são impostas, representando uma vantagem no campo da eficiência; 2. propiciam novos mecanismos de prevenção e de controle contra abuso do poder estatal, o que vem a ser uma conquista no campo da sustentação da legalidade; 3. garantem mais ampla e detida atenção a todos os interesses envolvidos, o que assegura um avanço no campo da justiça; 4. possibilitam decisões mais aceitáveis e facilmente obedecidas, o que se apresenta como um aperfeiçoamento no campo da legitimidade; 5. estimula a participação responsável dos indivíduos, o que se pode considerar como um desejável progresso no campo do civismo.¹⁰⁷

A autora Maristela Basso apresenta como principal benefício da arbitragem sua celeridade, vejamos:

A rapidez (celeridade) talvez seja a mais festejada das qualidades da arbitragem, que, a princípio, reúne as condições para superar a ampla possibilidade de recursos, resultando em morosidade da máquina judiciária estatal, a começar pelo fato de que os árbitros não se encontram sobrecarregados com uma enormidade de processos, como ocorre com os juízes togados. Some-se a isso o fato de os litigantes fixarem o prazo para que a sentença arbitral seja proferida, que, segundo a Lei de Arbitragem, foi convencionado em, no máximo, seis meses. Outro fator que contribui para acelerar a decisão arbitral é a possibilidade da escolha do árbitro recair sobre um técnico especialista na matéria a ser decidida, o que não ocorre no Poder Judiciário, em que o juiz é obrigado a nomear peritos para elaborarem laudos técnicos sobre o assunto específico em discussão (...)¹⁰⁸

A autora ainda ressalta que a duração de um processo arbitral é consideravelmente menor, também, pela autonomia de vontade das partes, já que essas podem regular integralmente o procedimento, assim, regulando também o tempo do processo e o prazo para prolação da sentença. Caso as partes não estipulem o prazo, a lei de arbitragem determina que o prazo para prolação da

¹⁰⁶ Motta, Andrea Limani B. *Curso Introdutório de Direito Internacional do Comércio*. Editora Manole, 2010, p 114.

¹⁰⁷ Moreira Neto, 2000, p. 223, Aput, Motta, Andrea Limani B. *Curso Introdutório de Direito Internacional do Comércio*. Editora Manole, 2010, p 115.

¹⁰⁸ Maristela, BASSO, B. *Curso de Direito Internacional Privado*. Grupo GEN, 2019. P 319.

sentença será de seis meses contados da data de instituição da arbitragem, ou seja, do momento em que os árbitros aceitam a função.

A desinformalização da arbitragem também é uma grande aliada a celeridade que essa forma de resolução de conflito proporciona, o abandono de formas rígidas, que seriam para salvaguardar o devido processo legal, muitas vezes funcionam como fatores de emperramento ao processo. Na arbitragem é mais fácil conciliar os dois valores. Devendo-se lembrar que o processo arbitral é completamente desburocratizado, sendo dispensado os formalismos próprios do processo judicial, como autuações, vistas, carimbos, prazos e recursos desnecessários.

A arbitragem, como já mencionado, não tem caráter formal e contencioso, sendo em sua essência um mecanismo misto de composição de conflito, baseando-se na negociação, no qual as partes investem no poder do árbitro para que se chegue em uma solução satisfatória para ambos os lados, sendo essa solução dotada de reconhecimento e identidade jurisdicional.

Maristela alega que tal mentalidade advém do Direito Internacional Público “Essa mentalidade encontra suas raízes na orientação clássica do direito internacional público, onde extraímos as maiores contribuições para o funcionamento da arbitragem, sua dinâmica e efeitos práticos”¹⁰⁹. Ressalta ainda que a desnecessidade de desapego não implica na negação ou recusa aos princípios do processo civil.

Ante as desvantagens de tal processo a autora Andrea Limani Boisson Motta aponta a ausência de publicidade, decorrente do sigilo utilizado para resguardar as partes de exposição perante terceiros, resultando assim em uma ausência de jurisprudência arbitral, essa que é uma fonte para julgamentos futuros.

A autora cita Dolinger em sua obra, a fim de reiterar tal ideia:

No campo do Direito Internacional Comercial internacional as diversas cortes de arbitragem internacional têm produzido considerável jurisprudência que tem se constituído em importante fonte de direito internacional privado, tanto em sua manifestação de soluções conflituais, como, e principalmente, de soluções de caráter substancial, conhecida como *lex mercatoria* – uma lei não escrita, de caráter uniforme, internacionalmente aceita, para reger as relações comerciais transnacionais.¹¹⁰

¹⁰⁹ Idem

¹¹⁰ Duolinger 2003, p91, Aput, Motta, Andrea Limani B. **Curso Introdutório de Direito Internacional do Comércio**. Editora Manole, 2010, p 116.

Maristela Basso já menciona problemas relacionados ao comportamento das partes e dos árbitros, quanto aos desvios procedimentais que afetam a arbitragem e acabam por afetar seus atributos. Resultando em dificuldade de harmonização entre a celeridade e desformalização e a crença arraigada no excesso de petições, pedidos e provas.

7 CONCLUSÃO

No desenvolvimento de presente trabalho se observa que a doutrina brasileira ainda é controversa quando o assunto é a aplicação do princípio da autonomia da vontade para a definição do direito material aplicável aos contratos internacionais, embora tal princípio já se encontre devidamente consagrado em ordem internacional.

O mesmo ocorre em relação a jurisprudência brasileira, em que não é possível se encontrar uma tendência clara. Sendo difícil encontrar uma conclusão inequívoca quanto ao tema.

Ainda que se tenha uma decisão bem fundamentada, as interpretações do art.9º da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, no sentido de assegurar a aplicabilidade da autonomia da vontade na escolha da lei permitida, pode-se dizer que hoje não há qualquer segurança de que uma cláusula contratual de eleição de lei diferente da do local de celebração do negócio seria válida e plenamente aceita pelo judiciário brasileiro se uma ação for proposta. Sendo ainda utilizado a regra de que o litígio deve ser analisado com base na lei do local de celebração do contrato.

Assim, se pensando na segurança jurídica do negócio, não se pode afirmar com a plena certeza a autonomia da vontade como elemento de conexão no Brasil. Tendo o país privilegiado como regra de conexão o local de celebração do contrato, e em alguns casos o local de sua execução.

O cenário muda completamente de forma quando se fala na utilização da arbitragem, quando presente a cláusula compromissória, sendo pacífico na lei e na doutrina que quando falamos em foro arbitral a escolha da lei aplicável e plenamente possível. Não se tendo impedimento, desde que respeitado a ordem pública e as normas imperativas, a escolha da lei que regerá o litígio. Sendo possível até a escolha da lei aplicável em contratos internos.

Percebe-se que tal possibilidade demonstra um grande avanço no campo do Direito Internacional Privado, já que tal instituto é amplamente aceito e muito utilizado ao falarmos principalmente de contratos do comércio internacional.

Tendo em vista a crescente globalização que proporciona um grande fluxo de exportações e importações levando em conta que nossa Constituição em seu art. 3º, II, menciona a necessidade de garantia do desenvolvimento nacional, esse que depende também da comercialização internacional, é indiscutível que um ambiente

que garanta a previsibilidade e a segurança jurídica para as partes é de fundamental necessidade.

Nesse contexto de relações jurídicas e busca de eficiência economia a autonomia da vontade se demonstra como um dos principais elementos de conexão. Isso porque tal escolha traz justamente a segurança jurídica que se busca, não só isso, mas tal elemento de conexão também apresenta uma adequação ao negócio. Fazendo com que as partes se sintam mais à vontade em celebrar tal contrato. Já que em caso de eventual litígio as partes terão certeza quanto à lei aplicável no momento em que o judiciário se posiciona.

Não devendo esquecer que tal possibilidade tem o benefício de se adequar amplamente ao negócio, podendo-se utilizar da lei que mais fará sentido para as partes contratantes.

Logo vemos que com a consagração do princípio como elemento de conexão em contexto internacional e em sede de arbitragem, juntamente com o objetivo do Estado em promover o desenvolvimento nacional. Vemos uma crescente necessidade de coerência com nosso ordenamento jurídico com tal princípio. Sendo necessário a utilização da autonomia da vontade como elemento de conexão para reger os contratos de caráter internacional em nosso ordenamento.

Ato que até presente momento não ocorre, já que ainda perdura a interpretação literal do art.9º da LINDB. Sendo apenas possível com segurança jurídica, no Brasil, a escolha da lei em sede de arbitragem.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Nádía. **Contratos Internacionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997
- ARAÚJO, Nadia de. **Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- ARAÚJO, Nádía de. **Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira**. 4ª ed. atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- ARAÚJO, Nádía de. **Contratos Internacionais. Autonomia da Vontade, MERCOSUL e Convenções Internacionais**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009
- BAPTISTA, Luiz Olavo. **Contratos Internacionais**. 1. ed. Porto Alegre: LEX Magister, 2010.
- BAPTISTA, Luiz Olavo. **O direito estrangeiro nos tribunais brasileiros**. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 97, n. 355, maio/jun. 2001.
- BAPTISTA, Luiz Olavo. **Convenção de arbitragem e escolha de lei aplicável: uma perspectiva do direito brasileiro**. *Revista de Arbitragem e Mediação* | vol. 27/2010 | p. 11 - 34 | Out - Dez / 2010 *Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação* | vol. 2/2014 | p. 297 - 318 | Set / 2014
- BASSO, Maristela. **Curso de Direito Internacional Privado**. 6.ed.São Paulo: Atlas, 2019.
- BATIFFOL, Henri. Les conflits apud BAPTISTA, Luiz Olavo. **Contratos Internacionais**. 1. ed. Porto Alegre: LEX Magister, 2010.
- BATIFFOL, Henri. Remarques sur l'opposition des directives aux règles em droit international prive. *In L'Unificazione del diritto Internazionale privato e processuale: studi in memori di Mario Giuliano*. Padova: Cedam, 1989.
- BEVILAQUA, Clóvis, **Princípios Elementares do Direito Internacional Privado**, 4ª ed, Rio de Janeiro, Livraria Ed. Freitas Bastos, 1944.
- BRASIL. **Decreto-Lei Nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm>. Acesso em: 08/10/2020.
- BREGALDA, Gustavo. **Direito Internacional público e direito internacional privado**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- BUENO, José Antonio Pimenta, **Direito Internacional Privado**, Rio de Janeiro, Typographia Imp. E Const. De J Villeneuve, 1863.
- CASTRO, Amílcar de. **Direito Internacional Privado**. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

CASTRO, Almicar, **Direito Internacional Privado**, 4ª ed. Com notas de Osiris Rocha, Rio de Janeiro, ed. Forense, 1987.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. Vol. 03. São Paulo: Saraiva, 2005.

DINIZ, Maria Helena de. **Lei de introdução ao Código Civil Interpretada**. São Paulo: Saraiva, 1994.

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

DEPARTAMENTO DE ASSUNTOS JURÍDICOS INTERNACIONAIS. **Convenção Interamericana sobre direito aplicável aos contratos internacionais**. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/b-56.htm>. Acesso em 24/11/2020.

DEPARTMENT OF INTERNATIONAL LAW, OAS, **Signatories and ratifications**. Disponível em: < <http://www.oas.org/juridico/english/sigs/b-56.html> Acesso em 25/11/2020>. Acesso em 25/11/2020.

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado: parte geral**. 3ª ed. Rio de Janeiro, Renovar, 1994.

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado [Parte Especial] – Direito Civil Internacional**, vol. II - **Contratos e Obrigações no Direito Internacional Privado**. Rio de Janeiro. Renovar. 2007.

GAMA JUNIOR, Lauro. **Autonomia da vontade nos contratos internacionais no Direito internacional Privado brasileiro: uma leitura constitucional do art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil em favor da liberdade de escolha do direito aplicável**. In: **O direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Jacob Dolinger, Carmen Tibúrcio e Luis Roberto Barroso** (organizadores). Rio de Janeiro, Renovar, 2006.

GARCEZ, José Maria Rossani. **Contratos Comerciais Internacionais**. São Paulo: Saraiva: 1995.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale Almeida. **Distinção entre cláusula compromissória e compromisso arbitral no Brasil**. Disponível em < <http://jus.com.br/revista/texto/3090/distincao-entre-clausula-compromissoria-e-compromisso-arbitral>>. Acesso em 28/02/2021.

LEE, João Bosco. **A Lei 9.307/96 e o direito aplicável ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional**. Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, nº 11, Ano 4, janeiro/março de 2001.

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

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MAZZUOLI, Valério Oliveira e PRADO, Gabriella Boger. **Autonomia da vontade nos contratos internacionais no Brasil**. Revista de Direito Civil Contemporâneo, vol. 20/2019, Jul – Set 2019, DRT 2019\40297.

MOTTA, Andrea Limani B. **Curso Introdutório de Direito Internacional do Comércio**. 1ª, ed. Barueri Editora Manole, 2010.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Interamericana sobre Domicílio das Pessoas Físicas no Direito Internacional Privado**.

Disponível em: <[RABEL, Ernst, The conflicts Laws, apud DE ARAUJO, Nadia. Contratos Internacionais, Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais, 4ª ed, Rio de Janeiro, ed. Renovar, 2009.](http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/B-44.htm#:~:text=CONVEN%C3%87%C3%83O%20INTERAMERICANA%20SOBRE%20DOMIC%C3%8DLIO%20DAS%20PESSOAS%20F%C3%8DSICAS%20NO%20DIREITO%20INTERNACIONAL%20PRIVADO&text=Esta%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20regula%20as%20normas,f%C3%ADsicas%20no%20Direito%20Internacional%20Privado.>. Acesso em: 08/10/2020.</p>
</div>
<div data-bbox=)

RÁO, Vicente. **Ato jurídico**. 4ª ed., São Paulo,: Revista dos Tribunais, 1999, p. 23 RESP.n ° 963.852 / PR (2007/0145056-0) Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira - Quarta Turma. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/RevSTJ/article/download/6406/6532> acesso em: 18/11/2020.

BAPTISTA, Luiz Olavo. Contratos Internacionais. 1. ed. Porto Alegre: LEX Magister, 2010.

RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito Internacional Privado: Teoria e Prática**. 6 ed. São Paulo. Saraiva, 2003.

RODAS, João Grandino. **Contratos Internacionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

STRENGER, Irineu. **A autonomia da vontade em Direito Internacional Privado**. RT, São Paulo, 1968

STRENGER, Irineu. **Curso de direito internacional privado**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

STRENGER, Irineu. **Contratos Internacionais do Comércio**. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

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

VEIGA, Cecília M. **Contratos**. São Paulo: Desafio Cultural, 2001.

XAVIER, Alberto. Validade e Clausula em Moedas Estrangeiras nos Contratos Internos e Internacionais. *in* XAVIER, A.; SILVA, I. Granda Martins da (Coords). **Estudos jurídicos sobre o investimento internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.