



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**



**CARLA CRISTINA COSTA DE MENEZES**

**A INFLUÊNCIA DA HARMONIZAÇÃO E DA UNIFORMIZAÇÃO  
DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO SOBRE  
A AUTONOMIA DA VONTADE NA ESCOLHA DA LEI APLICÁVEL  
AOS CONTRATOS INTERNACIONAIS**

**Tese de Doutorado**

Recife, fevereiro de 2016

**CARLA CRISTINA COSTA DE MENEZES**

**A INFLUÊNCIA DA HARMONIZAÇÃO E DA UNIFORMIZAÇÃO  
DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO SOBRE  
A AUTONOMIA DA VONTADE NA ESCOLHA DA LEI APLICÁVEL  
AOS CONTRATOS INTERNACIONAIS**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas / Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito.

Área de concentração: Direito Internacional Privado.

Linha de Pesquisa: Transformações nas Relações Jurídicas Privadas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Aurélio Agostinho da Bôaviagem.

Recife, fevereiro de 2016

Catalogação na fonte  
Bibliotecária Eliane Ferreira Ribas CRB/4-832

M543i Menezes, Carla Cristina Costa de  
A influência da harmonização e da uniformização do direito internacional privado sobre a autonomia da vontade na escolha da lei aplicável aos contratos internacionais. – Recife: O Autor, 2016.  
155 f. : quadro.

Orientador: Aurélio Agostinho da Bôaviagem.  
Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2016.  
Inclui bibliografia.

1. Declaração da vontade - Brasil. 2. Autonomia. 3. Direito internacional privado - Contratos. 4. Contratos. 5. Comércio internacional. 6. Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado. 7. Direito - Integração internacional. 8. Incoterms. 9. Integração econômica internacional. 10. Relações internacionais. 11. Brasil - Relações exteriores. 12. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. 13. Conflito de leis. I. Bôaviagem, Aurélio Agostinho da (Orientador). II. Título.

340.9 CDD (22. ed.) UFPE (BSCCJ2016-014)

**Carla Cristina Costa de Menezes**

**“A Influência da Harmonização e da Uniformização do Direito Internacional Privado  
Sobre a Autonomia da Vontade na Escolha da Lei Aplicável aos Contratos  
Internacionais”**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito parcial para obtenção do grau de Doutora em Direito.

**Área de concentração: Teoria e Dogmática do Direito.**

**Orientador: Prof. Dr. Aurélio Agostinho da Bôaviagem.**

A banca examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu a candidata à defesa, em nível de Doutorado, e o julgou nos seguintes termos:

**MENÇÃO GERAL: APROVADA**

Professor Dr. **Everaldo Gaspar Lopes de Andrade** (Presidente)

Julgamento: APROVADA Assinatura: \_\_\_\_\_

Professora Dr.<sup>a</sup>. **Rogéria Gladys Sales Guerra** (1<sup>a</sup> Examinadora externa/UNICAP)

Julgamento: APROVADA Assinatura: \_\_\_\_\_

Professor Dr. **Alysson Silva dos Santos** (2<sup>o</sup> Examinador externo/FOCCA)

Julgamento: APROVADA Assinatura: \_\_\_\_\_

Professora Dr.<sup>a</sup>. **Eugênia Cristina Nilsen Ribeiro Barza** (3<sup>a</sup> Examinadora externa/UFPE)

Julgamento: APROVADA Assinatura: \_\_\_\_\_

Professor Dr. **Sérgio Torres Teixeira** (4<sup>o</sup> Examinador interno/UFPE)

Julgamento: APROVADA Assinatura: \_\_\_\_\_

Recife, 26 de fevereiro de 2016.

Coordenador Prof. Dr. **Edilson Pereira Nobre Júnior**

À minha constante evolução: Laura, filha amada.  
E a todos aqueles que se permitem sonhar e  
buscar, com afinco, o mais elevado grau  
acadêmico deste país.

## AGRADECIMENTOS

Aos meus avós maternos, Lúcia e Nelson, *in memoriam*, pelas suas valiosa e determinante importância na minha construção pessoal e intelectual.

À minha mãe, Maria do Carmo, por sua sabedoria em me educar.

Ao meu irmão, César, por me ter como exemplo e também ser meu exemplo de caráter humano.

Ao meu marido, Fabrício, pela ajuda e incentivo na elaboração desta tese.

Ao meu orientador, Dr. Aurélio Bôaviagem, pela atenção dispensada nos últimos meses que antecederam a defesa, decisivos.

À Prof<sup>a</sup> Dra. Eugênia Barza, pela co-orientação, desde o mestrado.

Às queridas funcionárias Gilca e Carminha, do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPE, por serem meus anjos da guarda nesta jornada deste o mestrado.

Aos alunos que torceram pelo meu sucesso.

## EPÍGRAFE

*“Os sonhos, assim como a liberdade, só são prisioneiros de nossa própria vontade. Nós quisemos sonhar! CMR, o sonho feito realidade.”*

- Lema do Colégio Militar do Recife (CMR) –

## RESUMO

MENEZES, Carla Cristina Costa de. **A influência da harmonização e da uniformização do Direito Internacional Privado sobre a autonomia da vontade na escolha da lei aplicável aos contratos internacionais.** 2013. 155 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2016.

Esta pesquisa tem por objetivo defender a tese da maior promoção da autonomia da vontade como elemento de conexão no ordenamento jurídico brasileiro, no que se refere à regulamentação dos contratos internacionais. Diante desta finalidade, a pesquisa analisa as possibilidades de harmonização e de uniformização do Direito Internacional Privado (DIPr) no século XXI em matéria de comércio internacional, e o posicionamento adotado pelos principais institutos internacionais que promovem as técnicas de harmonização e uniformização de modo a contemplar a autonomia da vontade na escolha da lei aplicável. A partir da abordagem das convenções e tratados internacionais emanados destes institutos, busca-se demonstrar o caminho trilhado em direção ao reconhecimento do princípio da autonomia da vontade como elemento principal na escolha da lei aplicável ao contrato internacional de comércio. Para atingir esse fim, realizou-se um estudo correlacionado da UNCITRAL, da Convenção de Roma de 1980, da Convenção do México de 1994, dos *INCOTERMS* e do UNIDROIT com o intuito de demonstrar a urgência do reconhecimento da autonomia da vontade das partes na escolha da lei aplicável ao contrato internacional pelo Brasil, propondo ao fim uma redação moderna e atualizada para reformar a LINDB de 2010.

**Palavras-Chave:** Autonomia da vontade, Lei aplicável, Contratos internacionais, Harmonização, Uniformização, Direito Internacional Privado, Comércio internacional.

## ABSTRACT

MENEZES, Carla Cristina Costa de. **The influence of the standardization and harmonization of norms in the conflict of law on the autonomy of will to choose the applicable law to international contracts.** 2013. 155 f. Doctoral Thesis (PhD of Law) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2016.

This work aims to defend the thesis of further promotion of the autonomy of will as a connecting element in Brazilian law, in relation to the regulation of international contracts. Given this purpose, the search starts from the analysis of the possibilities of harmonization and unification of the norms of Private International Law (PrIL) in the twenty-first century in international trade, and the position adopted by major international institutions that promote technical harmonization and standardization in order to include the autonomy of will to choose the applicable law. From the approach of the international conventions and treaties emanating from these institutes, seeks to demonstrate the path taken towards the recognition of the principle of the autonomy of will as a key element in the choice of the law applicable to international trade. To achieve this, it conducted a study correlated of the UNCITRAL, the Rome Convention of 1980, the Mexico Convention of 1994, the *INCOTERMS* and the UNIDROIT in order to demonstrate the urgency of the recognition, by the Brazilian law, of the parties autonomy of will to choose the applicable law to the international contracts, finally proposing a modern and an updated essay to reform the LINDB 2010.

**Keywords:** Autonomy of will, Applicable law, International contracts, Harmonization, Standardization, Private International Law, International trade.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ALCA - Área de Livre Comércio das Américas

APEC – Cooperação Econômica Ásia-Pacífico

BRICS – Agrupamento Econômico composto pelos seguintes países: Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul

CAMEX – Câmara de Comércio Exterior

CIDIPs / CIDIP I a V - Conferências Interamericanas de Direito Internacional Privado (OEA)

CC – Código Civil

CJI - Comitê Jurídico Interamericano (OEA)

CPC - Código de Processo Civil

DIPr – Direito Internacional Privado

ICC - Introdução ao Código Civil

*INCOTERMS* - Regras uniformes editadas pela Câmara de Comércio Internacional

LGANJ - Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas

LICC - Lei de Introdução ao Código Civil

LINDB - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

MERCOSUL – Mercado Comum do Sul

NAFTA - Tratado Norte-Americano de Livre Comércio

OCV - Outra Condição de Venda

OEA - Organização dos Estados Americanos

OIT – Organização Internacional do Trabalho

OMC – Organização Mundial do Comércio

PL – Projeto de Lei

UE - União Europeia

UNCITRAL - Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional

UNCTAD - Conselho de Comércio e Desenvolvimento da Conferência das Nações Unidas

UNIDROIT - Princípios para os Contratos Comerciais Internacionais, do Instituto para a Unificação do Direito Privado

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
1 A SOCIEDADE INTERNACIONAL.....	17
1.1 A SOCIEDADE INTERNACIONAL DO SÉCULO XXI.....	17
1.2 O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO NO SÉCULO XXI.....	18
2 CONTRATOS INTERNACIONAIS.....	29
2.1 CARACTERIZAÇÃO DOS CONTRATOS INTERNACIONAIS .....	29
2.2 A PROBLEMÁTICA DOS CONTRATOS INTERNACIONAIS.....	36
2.2.1 A ESCOLHA DO FORO.....	36
2.2.2 A ESCOLHA DA LEI APLICÁVEL.....	53
3 A IMPORTÂNCIA DA AUTONOMIA DA VONTADE NA ESCOLHA DA LEI APLICÁVEL.....	76
3.1 A AUTONOMIA DA VONTADE .....	76
3.2 EVOLUÇÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE .....	78
3.2.1 NO DIREITO INTERNACIONAL.....	78
3.2.2 NO DIREITO INTERNO .....	86
3.3 LIMITAÇÕES IMPOSTAS À AUTONOMIA DA VONTADE – ORDEM PÚBLICA .....	96
4 HARMONIZAÇÃO E UNIFORMIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO QUANTO À ESCOLHA DA LEI APLICÁVEL EM CONTRATOS INTERNACIONAIS .....	102
4.1 HARMONIZAÇÃO E UNIFORMIZAÇÃO: TÉCNICAS DE INTEGRAÇÃO JURÍDICA .....	102
4.2 VANTAGENS DA HARMONIZAÇÃO .....	110
4.3 VANTAGENS DA UNIFORMIZAÇÃO .....	114
4.4 UNIFORMIZAÇÃO/HARMONIZAÇÃO DO DIREITO QUANTO À ESCOLHA DA LEI APLICÁVEL EM CONTRATOS INTERNACIONAIS: REGRAS E PRINCÍPIOS.....	118
4.4.1 NO DIREITO INTERNACIONAL: UNIDROIT E <i>INCOTERMS</i> .....	118
4.4.2 NO DIREITO BRASILEIRO .....	128
5 NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA .....	135
CONCLUSÕES.....	144
REFERÊNCIAS .....	147

## INTRODUÇÃO

A partir do desenvolvimento tecnológico e principalmente após o surgimento da internet, com a crescente popularização do seu acesso e fácil disponibilização a todas as pessoas em qualquer lugar do mundo, as transações comerciais em nível mundial dispararam. O intenso processo de globalização que une todos os países numa mesma rede de relacionamentos, a internet, desencadeou novos interesses econômicos e impôs uma nova reorganização do comércio internacional, em que as nações precisam estar cada vez mais interligadas para se manterem em destacada atuação no mercado mundial.

O avanço tecnológico se aprimora a cada instante e, a cada nova invenção, tem-se reflexos diretos no âmbito contratual internacional, em decorrência da facilidade e da agilidade dos atuais métodos que interligam as pessoas em todo o globo. O processo de circulação de mercadorias, de capitais e a própria produção de bens e serviços em escala internacional precisa acompanhar o ritmo das inovações tecnológicas, por exigência do próprio mercado global.

Surge então a necessidade de fortalecimento dos organismos internacionais para organização e proteção das nações atuantes nesta nova rota mercantil, seja no aspecto da reserva de parcela de mercado seja no âmbito da regulação normativa das novas práticas comerciais.

A formação de blocos econômicos regionais e a elaboração de legislações uniformes são fenômenos que buscam acompanhar o moderno e acelerado processo de contratação mercantil em escala internacional, em que as transações precisam acontecer de forma rápida e segura, mas que ainda não estão livres dos possíveis conflitos que advêm naturalmente do relacionamento humano, mormente quando os agentes contratantes possuem vínculos com países diferentes.

Esta ligação dos contratantes com mais de um Estado é um dado de grande relevância e de impacto direto sobre a avença, classificando-a como uma relação jurídica de cunho internacional, dado à presença do elemento estrangeiro que promove o seu contato com diferentes ordenamentos jurídicos, todos passíveis de incidência na relação privada internacional.

Tendo em vista a pluralidade de ordenamentos jurídicos que podem incidir na relação privada internacional, de onde emanam inúmeras normas com aparência de serem solucionadoras do litígio, é justamente a incerteza sobre a lei aplicável ao

contrato internacional, ou ainda a dificuldade na sua identificação, que gera o conflito de leis no espaço, objeto de estudo do Direito Internacional Privado (DIPr).

Graças às exigências regulatórias impostas pelas características do mercado globalizado e à diversidade jurídica que permeia as contratações comerciais internacionais, marcada pela integração dos mais diversos países atuantes no mercado mundialmente interligado, faz-se mister o estabelecimento de normas uniformes a serem implementadas de igual maneira nas operações comerciais realizadas neste atual cenário de constante transposição de fronteiras.

Na busca pela redução dos riscos da contratação em escala internacional, tem-se desenvolvido técnicas de uniformização e harmonização legislativa, cujo objetivo é eliminar ou reduzir os conflitos de leis a partir da elaboração de uma norma internacional ou normas nacionais harmônicas, voltadas para a regulação de matérias atinentes ao comércio internacional, mundialmente aplicáveis.

Já se vislumbra avanços na uniformização e na harmonização, malgrado ainda predominar a diversidade de ordenamentos jurídicos. Cada Estado conta com uma estrutura legal marcada por suas próprias características históricas, culturais, sociais.

Sabe-se que alcançar a uniformização ainda é um desafio distante de ser atingido; quanto maior a diversidade jurídica, mais insegurança e menos garantias são conferidas à contratação internacional. Uma solução equilibrada e bastante aceita é a harmonização dos diversos instrumentos legais de modo a possibilitar a coexistência harmônica, não conflituosa, entre os mais diversos Estados que atuam no cenário internacional, mais especificamente na seara comercial.

Nesse trabalho de uniformização e de harmonização das normas de DIPr no âmbito do comércio internacional, é de inquestionável relevância se assegurar o direito das partes de escolherem a lei aplicável ao contrato internacional e garantir o respeito e a observação dessa escolha, o que torna indispensável a consagração do princípio da autonomia da vontade para a consecução da tutela jurídica que se almeja conferir através da uniformização e da harmonização.

Ao estudar essas técnicas legislativas, esta tese analisa os principais instrumentos internacionais de foram criados para promoção da uniformização e harmonização de matérias relacionadas ao comércio internacional e avalia, em cada aparição do princípio da autonomia da vontade, consagrada enquanto método de

escolha da lei aplicável aos contratos internacionais, a influência da uniformização e da harmonização no crescente reconhecimento do referido princípio por vários países.

O aumento da consagração da autonomia da vontade, cada vez mais difundida no DIPr em razão das novas exigências do modelo capitalista de economia de mercado, em que os blocos econômicos buscam mais proteção e mais segurança para executar operações comerciais internacionais, contribui para a reorganização e aperfeiçoamento das relações privadas internacionais, reconhecendo de forma ampla o poder do indivíduo de declarar sua vontade e de tê-la observada e tutelada pela ordem jurídica internacional.

Permitir que as partes possam escolher a lei que desejam ver aplicada aos contratos internacionais por elas celebrados soa tão óbvio que não se compreende por que razões estudiosos e operadores do Direito luso-brasileiros<sup>1</sup> se recusam a admitir a autonomia da vontade. Se acompanhássemos o nível de avanço das relações humanas no século XXI, tratar-se-ia de princípio indubitavelmente reconhecido e de assunto pacificado.

A tendência de uniformizar e harmonizar normas de DIPr eleva a importância da autonomia da vontade. Se o intuito de tais técnicas é reduzir os conflitos de normas, quando as partes contratantes escolhem o próprio direito ao qual admitem se submeter em caso de desavença, o litígio não chega a se formar, antes disso, recorre-se à legislação livremente eleita para dirimir a questão.

Para entender melhor essa problemática em torno do reconhecimento da autonomia da vontade no Brasil, este estudo foi fundamentado em pesquisa bibliográfica e documental de fontes nacionais e estrangeiras de natureza jurídica, utilizou elementos de teoria geral do Direito Internacional e teve por objetivo final ressaltar a importância do reconhecimento, pelo Brasil, da autonomia da vontade das partes na escolha da lei aplicável aos contratos internacionais através da ratificação de Tratados e Convenções que buscam uniformizar e harmonizar temas atinentes à seara dos contratos internacionais de comércio, e, como passo nesse sentido, reformar a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

---

<sup>1</sup> Eduardo Espínola, Álvaro da Costa Machado Villela, Pontes de Miranda e Maria Helena Diniz.

Com esse objetivo em mente, o trabalho tem início com a caracterização da sociedade internacional atual e a contextualização do DIPr no século XXI, caracterizado pela propagação de um DIPr harmonizador/uniformizador.

No capítulo dois, as atenções estão voltadas para os contratos internacionais e suas problemáticas, sobressaindo como as principais a escolha da lei do foro e a escolha da lei aplicável, esta última, foco central da tese. A importância do princípio da autonomia da vontade, é objeto do capítulo 3, onde é abordado o seu surgimento no DIPr até a sua consolidação como elemento de conexão, de grande importância para a compreensão do destaque que se quer conferir à necessidade de consagração pela legislação brasileira do princípio da autonomia da vontade na escolha da lei aplicável aos contratos internacionais.

O estudo comparado da questão da lei aplicável à luz do ordenamento jurídico nacional e da legislação internacional é fundamental para o entendimento do problema que permeia o contrassenso sobre seu reconhecimento no DIPr brasileiro.

Após delimitar a problemática desse tema na ordem jurídica interna, no capítulo quatro, aborda-se o surgimento do fenômeno da harmonização e da uniformização enquanto técnicas que buscam a supressão da diversidade legislativa existente no mundo a partir da adoção de instrumentos legislativos únicos e igualmente aplicáveis nas respectivas matérias de DIPr nos diversos países que as ratifiquem.

Parte-se da análise da contribuição do Direito Harmonizado/Uniformizado como estímulo à consagração do relevante princípio da autonomia da vontade no Brasil, demonstrando-se que a visão brasileira hoje é descompassada ante a sociedade internacional atual.

Ao final, no último capítulo, demonstra-se criticamente os projetos de lei brasileiros que se propõem à solucionar essa celeuma em torno da consagração do princípio da autonomia da vontade na escolha da lei aplicável, correlacionando as causas influenciadoras do atraso brasileiro.

As conclusões que encerram esta tese de doutoramento destacam a existência de um atraso relevante entre o que se discute no Brasil em termos de contratos internacionais e de normas de DIPr. Assim, ante a esta disparidade entre o Brasil e o mundo, o estudo tem como escopo demonstrar a importância e a

necessidade do Brasil ratificar a Convenção do México, firmada em 1994 na V Conferência Interamericana de Direito Internacional Privado (CIDIP V).

Isso porque acredita-se ainda na possibilidade de atualização da legislação nacional sobre DIPr frente à realidade praticada na sociedade internacional do século XXI, a partir da reforma da LINDB.

# **1 A SOCIEDADE INTERNACIONAL**

## **1.1 A SOCIEDADE INTERNACIONAL DO SÉCULO XXI**

Para a coexistência entre comunidades de indivíduos com características diversas, tornou-se necessária a criação de normas que regessem a vida em grupo, harmonizando e regulamentando os interesses da coletividade, atenta à diversificação cultural, social, política e religiosa existente.

O relacionamento humano tomou proporções internacionais, na medida em que os agrupamentos humanos das mais variadas regiões do planeta, impulsionados pela expansão comercial promovida pelas grandes navegações marítimas, descobriram a existência de outras comunidades humanas, e passaram a interagir.

O Direito interno, ao ser criado, submete-se apenas a valores próprios, diferentes entre os Estados. Ao se relacionarem, os países necessitam de uma regulação internacional a fim de evitar a colisão das normas de seus respectivos direitos internos. Eis o papel do Direito Internacional Privado (DIPr): evitar a colisão de normas de direito, e, para tanto, adota como método a uniformização de regras comuns postas para os diversos Estados e a harmonização de regras já existentes, em prol do equilíbrio jurídico ideal para garantir a coexistência dessas normas.

Com o propósito de resolver os possíveis conflitos resultantes das relações privadas de caráter internacional, o Direito Internacional Privado elabora normas e princípios jurídicos destinados a auxiliar na organização da sociedade internacional. Com isso em mente, a presente tese, com foco central nas relações privadas internacionais, observa a consagração do princípio da autonomia da vontade, tanto no direito interno quanto no direito internacional, na viabilização da sociedade internacional.

Em razão da diversidade de ordenamentos jurídicos, vem à tona o esforço internacional em busca de uma solução uniforme para os conflitos de leis no espaço, onde as legislações de cada Estado possam se equilibrar, de modo a coexistirem sem colisões. Em virtude da globalização, cada vez mais, é necessário readequar o Direito Internacional à realidade.

Cada vez mais rapidamente circulam as pessoas, as informações, as coisas, e tudo isso gera novas relações jurídicas entre indivíduos de Estados diferentes. O

Direito vai ao encontro de tais fatos, assegurando as relações internacionais através da ordem e da efetivação da justiça, ensina o professor Sylvio Loreto<sup>2</sup>.

Tendo em vista o constante aumento da interação entre os povos, o Direito Internacional Privado, cujo objeto é resolver conflitos de cunho privado internacional, decorrentes do intenso intercâmbio internacional propulsor das contratações internacionais do século XXI, representa hoje, um dos ramos jurídicos que mais se desenvolve no Brasil, e em todo o mundo.

Tais relações contratuais encontram-se hoje revestidas de novas formas que desconsideram até a existência de fronteiras nacionais, fruto da tecnologia e da comunicação eletrônica que acontecem em meio virtual e superam seus próprios limites a cada segundo. As transações comerciais são celebradas em minutos e quase todas as etapas são eletrônicas.

A globalização eletrônica reflete diretamente nos sistemas econômico e jurídico internacionais, resultando na celebração de contratos que ultrapassam as fronteiras do país, envolvendo regulação jurídica diversa, pela conexão internacional. E o crescente desenvolvimento do DIPr no século XXI decorre do aumento das relações privadas internacionais, que, ao se tornarem litigiosas, especialmente quanto à lei aplicável ao caso, exigem do DIPr a atualização dos meios de solução desses conflitos.

## 1.2 O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO NO SÉCULO XXI

O DIPr tende a regulamentar uniformemente as relações privadas com conexão internacional. A tendência à uniformização do DIPr vem sendo evidenciada pelos vários tratados celebrados para promover positividade padronizada pelos diversos Estados.

Pretende atingir a harmonia jurídica internacional, ou seja, uma coexistência harmônica entre normas de Direito Internacional oriundas de ordenamentos jurídicos distintos, assegurando-se a continuidade e a uniformidade da valoração das relações multiconectadas. Importante ressaltar, como faz Nadia de Araujo<sup>3</sup>, o conflito

---

<sup>2</sup> LORETO, Sylvio. **Relações transnacionais e o direito**: caracterização sociojurídica. Separata da Revista Acadêmica LXVII da Faculdade de Direito do Recife. Recife, 1971, p. 371/374.

<sup>3</sup> ARAUJO, Nadia de. **Direito internacional privado**: teoria e prática brasileira. 3ªed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.30/31.

de civilizações está cada vez mais subjacente ao conflito de leis, objeto do DIPr. A poligamia, a proibição de aquisição de propriedade imobiliária por judeus, a pena de morte e a escravidão são exemplos de instituições inaceitáveis em foros que não as reconhecem nem as admitem.

Ao considerar o DIPr enquanto ramo do Direito público interno, cujas regras determinam quando o Direito estrangeiro será aplicável dentro do território nacional, Nadia de Araujo observa que as relações multiconectadas possuem características próprias e distintas das relações internas, por isso necessitam de regulação específica que foge ao Direito interno. Um exemplo é a Convenção Interamericana sobre o Domicílio das Pessoas Físicas, firmada em 1979, em Montevideu, que regula as normas uniformes que regem o domicílio das pessoas físicas no Direito Internacional Privado nas Américas. A propósito, cabe ressaltar que o Brasil ainda não ratificou tal Convenção.

De acordo com Erik Jayme<sup>4</sup>, os objetivos do DIPr tradicional são: a igualdade do tratamento das pessoas; a harmonia das decisões sobre uma mesma relação jurídica; a previsibilidade das soluções encontradas; as relações jurídicas universais. Entretanto, relacionados a esses objetivos, existem três problemas: primeiro, possuindo cada Estado regras próprias para o DIPr, há a possibilidade da mesma situação ser resolvida de forma diversa em cada Estado na qual for julgada; segundo, dependendo do sistema adotado, uma decisão válida em um Estado, poderá não ser válida em outro; e terceiro, as partes podem procurar beneficiar-se das diferenças entre os sistemas e buscar o Direito do Estado cujo ordenamento jurídico lhe apresente a solução mais favorável – ideia representada pela expressão *forum shopping*.

O novo DIPr, na opinião de Maristela Basso<sup>5</sup>, possui função prática que justifica a necessidade de se fomentar a disciplina das relações decorrentes do trânsito econômico entre pessoas de diferentes Estados.

Das diferenças apontadas por Erik Jayme entre os sistemas jurídicos, aquelas tratadas na terceira hipótese citada, são enfrentadas nos países europeus e nos Estados Unidos, a partir da flexibilização das normas de conflito através da

---

<sup>4</sup> JAYME, Erik., **Cours general de droit international privé**. *Recueil des cours. Collected courses of the Hague Academy of International Law*. 1995. Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1996, tome 251, p. 44.

<sup>5</sup> BASSO, Maristela. **Curso de direito internacional privado**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 21.

elaboração de regras materiais de DIPr em convenções internacionais, em especial sobre matéria comercial, e em função da possibilidade de adoção de regras alternativas de DIPr, a exemplo da Diretiva 2031/CE que trata de contratos eletrônicos, privilegiando a autonomia da vontade e adotando princípios flexíveis, como o da proximidade ou dos vínculos mais estreitos.

A padronização do DIPr através da criação de normas internacionais uniformes é outro meio de enfrentar as diferenças entre as regras conflituais. A uniformização não é do Direito propriamente dito, mas sim de critérios para o exercício da autonomia da vontade na contratação internacional.

Nesse sentido, existem iniciativas que buscam uniformizar regras substantivas como, por exemplo, a Câmara de Comércio Internacional de Paris, as Conferências Interamericanas de DIPr (CIDIPs), a Convenção sobre a Compra e Venda Internacional, da Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (UNCITRAL) e os Princípios para os Contratos Comerciais Internacionais, do Instituto para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT).

Essa uniformização conduz a um dos métodos de análise do DIPr: o Direito Uniforme. Seu escopo é oferecer mecanismos para a unificação dos sistemas normativos e para atingir a padronização de soluções, ou seja, busca-se a aproximação dos ordenamentos jurídicos para obter respostas comuns, unitárias e unívocas, evitando assim a colisão de normas resultante do pluralismo de ordenamentos jurídicos.

Sobre DIPr e Direito Uniforme, Jacob Dolinger<sup>6</sup> explica que o primeiro, trata basicamente das relações humanas vinculadas a sistemas jurídicos autônomos e divergentes, mas também há hipóteses em que os Direitos autônomos não divergem, ao contrário, coincidem. Eis aí o Direito Uniforme. Esse pode resultar do esforço comum de dois ou mais Estados no sentido de uniformizar certas instituições jurídicas, em função de sua natureza internacional – Direito Uniforme Dirigido ou Direito Uniformizado.

Mas, a uniformização também pode resultar de coincidências de legislações que tenham uma herança cultural semelhante ou pela iniciativa unilateral de um Estado de passar a adotar normas ou princípios comuns, característicos de outro Direito positivo, o que se denomina Direito Uniforme Espontâneo. Interessa aqui o

---

<sup>6</sup> DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado**: parte geral. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.171.

Direito Uniformizado (ou Direito Uniforme Dirigido) que busca uniformizar institutos jurídicos dos diversos ordenamentos estatais. Sempre que for referido neste trabalho o termo Direito Uniforme, referir-se-á à sua espécie Dirigida, sinônimo de Direito Uniformizado, conforme a classificação acima.

De acordo com Jacob Dolinger<sup>7</sup>, ao considerar que cada país possui antecedentes, tradições, influências e necessidades diversas, o Direito Uniforme se torna impraticável às muitas das instituições de Direito Civil. Entretanto, quanto ao Direito Comercial e disciplinas afins (Industrial, Intelectual, Marítimo, Aeronáutico), os interesses entre os Estados coincidem, o que possibilita a uniformização e quiçá até necessária.

Assim, recorre-se ao Direito Uniformizado para reger institutos jurídicos de grande aplicação no comércio internacional, tais como transportes, comunicações, contratos, cuja padronização confere segurança e praticidade às relações comerciais internacionais. Com a uniformização elimina-se a diversidade jurídica, e com o fim da diversidade jurídica tem-se o fim dos conflitos de leis. Ora, o DIPr entra em ação quando há conflito entre normas legais de sistemas jurídicos diversos. Se há Direito Uniforme inexistem conflitos, e na ausência de conflitos, não há que se recorrer ao DIPr, por isso, seria o Direito Uniforme a antítese do DIPr?

Não, uma vez que não se aspira à unificação geral das normas jurídicas, o que é um fato impossível, por dois motivos: 1) nem todas as temáticas internacionais são passíveis de uniformização, ou por falta de interesse dos Estados na uniformidade ou por razões de soberania ou pela dificuldade em uniformizar a matéria, o que se verifica, por exemplo, quando a diversidade cultural entre os Estados não é conciliável; 2) a inexistência de uma única fonte produtora de normas internacionais, impede a imposição cogente das normas uniformes, o fiel cumprimento aos preceitos legais uniformizados depende da ratificação dos Estados e sua observância, indispensável ao sucesso da medida, embora seja passível de penalidades, não está submetida ao poder de polícia.

Na opinião de Haroldo Valladão<sup>8</sup>, os dois Direitos não se confundem, pois, têm finalidades diversas: o DIPr procura resolver os conflitos de leis, enquanto o

---

<sup>7</sup> *Ibidem*, p.34-35.

<sup>8</sup> VALLADÃO, Haroldo. VALLADÃO, Haroldo. **Direito internacional privado**. V. I. 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1974, p. 25.

Direito Uniforme trata de suprimir tais conflitos, por intermédio de leis únicas, padronizadas. As regras de DIPr são indiretas, formais, colisionais e indicam a lei civil ou comercial que irá regular o assunto, ao passo que as regras do Direito Uniforme são diretas, materiais e não colisionais, porque regulam imediatamente o caso, são normas civis ou comerciais, em sua maioria comerciais, tendo em vista que uniformizar as práticas comerciais é mais fácil que uniformizar as relações privadas pessoais, carregadas de dados ímpares.

No entendimento de Asser, jusinternacionalista holandês autor da obra - A Tarefa do DIPr – admitia-se a uniformidade parcial como complemento às regras de DIPr, como por exemplo, nos elementos de conexão, conceituação da nacionalidade, e em certas matérias de Direito Comercial e de Processo Civil.

Não se pode seguir adiante sem considerar o posicionamento do jusinternacionalista holandês Daniel Josephus Jitta<sup>9</sup>, que, em sua obra - A Substância das Obrigações no Direito Internacional Privado - afirma que o DIPr deve ser considerado o Direito privado da sociedade universal das pessoas, e, desse ponto de vista, o Direito Uniforme não é a negação do DIPr, mas, pelo contrário, uma das formas pela qual ele pode manifestar-se.

Dessa maneira, dez anos após Asser, Jitta chama a atenção para a necessidade de se firmar acordos internacionais que tenham por finalidade resolver os conflitos de leis de maneira uniforme para todos os Estados. Por outro lado, há de se buscar a formulação de uma lei modelo a ser adotada por todos os países.

Ao interpretar Josephus Jitta, Jacob Dolinger<sup>10</sup> explica que a uniformidade (escopo do Direito Uniformizado) e a harmonização (finalidade do DIPr) se completam. Quando se aplica o Direito Uniforme, evita-se o conflito entre leis de jurisdições diversas, mas quando não for possível uniformizar, o conflito é harmonizado a partir das regras de DIPr. E ambas as soluções – uniformização e harmonização – funcionam concomitantemente.

Os tratados que buscam a uniformização não têm por finalidade impor aos Estados contratantes a uniformidade completa de seus códigos e leis. Sem afetar a independência legislativa nacional, esses tratados determinam com antecedência quais as legislações que poderão estar em conflito.

---

<sup>9</sup> JITTA, Daniel Josephus. *La substance des obligations dans le droit international privé. Obligations qui n'ont pas leur source dans un contrat*. Paris: Marchal e Billard, 1907, t. II, p.22.

<sup>10</sup> DOLINGER, Jacob. *Op. Cit.*, p.168.

São exemplos de Convenções de Uniformização: Código de Bustamante (Decreto nº 18.871 de 1929, Convenção Interamericana de Arbitragem (Convenção do Panamá de 1975), Convenção Interamericana sobre Normas Gerais de Direito Internacional Privado de 1979 (Decreto nº 1979 de 1996), Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual de 1994 (Decreto nº 2095 de 1996), Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do MERCOSUL de 1998, Protocolo de Olivos para a Solução de Controvérsias no MERCOSUL de 2002 (Decreto nº 4.982 de 2004).

Por outro lado, para Valladão, a uniformidade jurídica, sobretudo no campo internacional, nunca pode ser completa, pois, muitos países não ratificam as Convenções de Uniformização. Esses instrumentos, anteriormente exemplificados, são de grande valia se utilizados nos contratos internacionais, pois, como não é possível haver a uniformização de leis referentes a contratos, o ideal é ter a harmonização de princípios (da UNCITRAL ou do UNIDROIT) que favoreçam a segurança jurídica da contratação, independentemente de qualquer processo de integração regional ou de acordos multilaterais.

Historicamente, salienta Valladão<sup>11</sup>, movimentos uniformizadores surgem após longos períodos de pluralidade jurídica, como tentativa de expansão dos grandes impulsos renovadores; aconteceu no Direito romano com a decadência do *jus civile* e o apogeu do *jus gentium* unindo o *jus civile* e o *jus peregrinum*<sup>12</sup>; a seguir, na Idade Média, com o renascimento do Direito romano e a eclosão do Direito canônico, em face da multiplicidade dos Direitos bárbaros; depois, o aparecimento do Direito Comercial e do Direito Econômico modernos, propagando-se universalmente em oposição ao romanismo (evolução do Direito subjetivo para o objetivo); difusão do Direito Civil através do Código de Napoleão no século XIX em vários países da Europa e da América; nos dias de hoje, o Direito da propriedade industrial e intelectual, o Direito do Trabalho, Aeronáutico, Atômico e Interplanetário, são abordados de modo uniforme em tratados e convenções internacionais.

Os impulsos renovadores, segundo Valladão, permanecem como simples tentativas de unificação geral, que desaparecem logo, com a volta aos Direitos particulares, com a diversidade de interpretação dos mesmos Códigos, com a sua

---

<sup>11</sup> VALLADÃO, Haroldo. *Op. Cit.*, p. 28/30.

<sup>12</sup> Tradução livre da autora. *Jus civile* ("direito civil" ou "direito dos cidadãos"), *jus gentium* ("direito das gentes" ou "direito dos povos") e *jus peregrinum* ("direito do estrangeiro" ou "direito do peregrino").

posterior alteração e evolução em sentidos diversos. Assim, o Direito Uniforme passa a compreender apenas certos assuntos, atingindo pequenos grupos de Estados e restringe-se à formulação legislativa de certos e limitados preceitos.

O Direito Uniforme não é geral e completo no seu objeto, nem universal como seria necessário para que houvesse a unidade de interpretação através de um só Tribunal mundial e supremo, ressalta Valladão. A uniformização, restrita e precária, que vem sendo aplicada atualmente através de convenções e tratados que, muitas vezes não são obrigatórios, ou não vinculantes, e que diversos países não os ratificam, ou os aceitam com reservas, ou seja, de forma incompleta, isso não pode ser chamado de Direito Uniforme.

A opinião do autor, um Direito Uniforme limitado, parcial e incompleto, como se observa hoje, deixa persistir o problema do DIPr – conflito de leis – entre os Estados.

Segundo a doutrina de Josephus Jitta<sup>13</sup>, o DIPr moderno regula as relações privadas que surgem no campo internacional a partir de dois métodos de atuação: a) o método que uniformiza o sistema, anulando o conflito; b) e o método conflitual, que coordena e harmoniza ao escolher a lei aplicável entre as leis em conflito. O método harmonizador é aplicado quando não é possível operacionalizar o método uniformizador.

No campo das relações jurídicas internacionais, principalmente no comércio internacional, busca-se primeiro a uniformização das normas disciplinadoras da matéria por meio de tratados e convenções, até o limite aceitável pelos países interessados. Em seguida, almeja-se a harmonização, a partir da elaboração de fórmulas que determinam as leis internas a serem aplicadas para a solução dos conflitos.

Para Oscar Tenório<sup>14</sup>, desde o século XIX, duas correntes doutrinárias tentam vencer tais obstáculos com a uniformização das regras de conflitos de leis, ou com o estabelecimento do Direito Uniforme, comum a todas as nações civilizadas, ou à maioria delas. O sistema da uniformidade legal internacional procura estabelecer as mesmas regras para os Estados, mediante um ou vários tratados internacionais com regras uniformes.

---

<sup>13</sup> JITTA, Daniel Josephus. *Op. Cit.*, p. 25.

<sup>14</sup> TENÓRIO, Oscar. **Direito internacional privado**. 8ª. ed. V. II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1966, p. 24/25.

O autor distingue uniformização de solução uniforme dos conflitos de leis e explica que uniformização é a aplicação de uma mesma regra de Direito de forma idêntica a vários países, como se fossem um só território. Enquanto que a solução uniforme dos conflitos de leis é a melhor solução dada para diminuir ou atenuar os antagonismos das legislações dos Estados sobre o DIPr, defende Oscar Tenório.

Por outro lado, para o professor Sylvio Loreto, a humanidade é hoje constituída por Estados dotados de características sócio-econômicas e jurídicas próprias, implicando sistemas legislativos diferentes, e nenhum dado científico leva a crer na existência de um só Estado ou de um Direito Uniforme Internacional. Presentemente, o Direito é sobremaneira Estatal; cada Estado põe a ordem jurídica que lhe é própria. Entretanto, nem todas as normas aplicadas pelos Estados emanam de sua autoria exclusiva, pois, adota-se, muito frequentemente, normas oriundas de outras soberanias.

As novas necessidades advindas com o século XXI vêm estreitando a convivência e a dependência entre os indivíduos, as distâncias se encurtam e o convívio intensifica-se, eliminando cada vez mais as fronteiras entre os Estados, que passam a ser meramente figurativas. E assim, o exclusivismo e o territorialismo, antigos pilares da soberania jurídica dos Estados, já não têm mais lugar nos dias de hoje. A civilização e a cultura jurídica internacional têm se modificado e o que se observa é a demanda por normas regulamentadoras da aproximação e interpenetração dos povos.

Ainda que os Direitos dos Estados coincidam e suas normas sejam uniformizadas, enquanto coexistirem ordens jurídicas independentes, o DIPr não deixará de existir, a não ser que venha a vigorar no mundo um só Direito universal, emanado de uma jurisdição mundial. Tendo em vista que a finalidade do Direito Uniforme é criar legislações uniformizadas, e que a uniformidade promove a incidência de um único corpo normativo correspondente àquela matéria, conclui-se que o conflito de leis existe porque essa uniformidade de normas ainda não predomina, então, enquanto não atingida a uniformização do Direito Internacional, o conflito de leis persistirá.

Erik Jayme<sup>15</sup> ao se referir às características do Direito pós-moderno, faz alusão à tendência de unificação e aproximação do Direito privado material, porém,

---

<sup>15</sup> JAYME, Erik. *Op. Cit.*, p. 56/57.

verifica que tal tendência apenas ocorre entre os segmentos jurídicos que tratam das relações humanas em que a identidade cultural das pessoas tem importância mínima, como é o caso, por exemplo, da Convenção de Viena sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias (1980), que já foi aprovada pelo Senado Federal em 18 de outubro de 2012, através do Decreto Legislativo nº 538, e que, ainda resta pendente a sua ratificação pelo Poder Executivo.

Por esse motivo, a missão do DIPr, segundo Erik Jayme, que tem por objeto o conflito de leis, no âmbito da uniformização do Direito material limita-se às seguintes funções: a) auxiliar o Direito Uniforme a definir o seu próprio campo de atuação; b) servir ao preenchimento de lacunas de instrumentos de Direito Uniforme; e c) constituir alternativa à unificação do Direito substantivo, de acordo com as particularidades jurídicas de cada relação internacional.

Discorda-se da visão de Erik Jayme por entender que admiti-la seria atribuir ao DIPr um papel de agente coadjuvante, difusor da uniformização das leis privadas internacionais. O DIPr teria então um sub papel, uma atuação de mero “propagandista”, difusor do Direito Uniforme. A impressão é de que, com o advento da uniformização, o DIPr, passaria a ser um Direito instrumental, auxiliar do Direito Uniforme; todavia, visualiza-se que o conflito de leis persiste até que se conclua sobre a uniformidade da norma que trata da matéria objeto do referido conflito, assim, além do conflito de leis poderá ser acrescido ao objeto do DIPr a promoção da aplicação harmônica e equilibrada das legislações, de modo a coexistirem: harmonização.

Com o intuito de reduzir as diferenças jurídicas entre os países, a harmonização tem funcionado como instrumento do DIPr para promover a aproximação jurídica dos países. Tem-se que a área do Direito Comercial é o ramo jurídico mais propenso à harmonização, por se tratar de um direito de abrangência universal, por sua natureza.

O cenário internacional passa por um período de crescente fortalecimento de entidades internacionais voltadas para harmonização e uniformização das mais variadas matérias na área do DIPr, o que pode, como já visto, acabar com o conflito de leis, objeto do DIPr.

A harmonização jurídica reflete procedimentos mais flexíveis que não implicam, necessariamente, na incorporação de normas uniformes, sua aplicação

depende da vontade dos Estados em aderir ou não às normas. A exemplo dessa tendência harmonizadora do novo DIPr, tem-se a UNIDROIT e a UNCITRAL, instituições que se dedicam ao estudo e à pesquisa sobre a harmonização do Direito em nível internacional.

Sem dúvida a uniformização compromete a existência do objeto do DIPr – o conflito de leis – pois, onde há uniformidade, não há conflito de leis; apenas a harmonização não comprometeria, pois, na harmonização, o conflito existe, entretanto, o objetivo é promover a coexistência das normas sobre a matéria privada não para eliminar o conflito, mas para diminuir sua ocorrência e aplicar a melhor legislação aos contratantes.

Sobre o possível fim do DIPr, já em 1973, o professor Sérgio Loreto Filho<sup>16</sup> foi contundente ao comparar a uniformização de normas de DIPr ao processo de uniformização dos códigos jurídicos estatais: a codificação dos Direitos nacionais fez desaparecer uma ciência exclusivamente voltada a resolver conflitos de leis, no interior dos Estados que adotaram o sistema de legislação nacional única.

Se isso viesse a acontecer com o DIPr, ele não seria uma ciência; explica o professor Sérgio Loreto Filho que resolver conflito de leis é um dever do jurista, já o modo de resolver o conflito de leis será sempre pura arte humana. Quanto ao temor sobre a continuidade da existência ou não do DIPr diante da aparente ameaça de extinção do seu objeto, sábias foram as suas palavras:

Se o objeto do DIPr fosse exclusivamente fixar fórmulas de resolver conflitos de leis, como tantos julgam, não seria possível ver no DIPr uma ciência, um ramo autônomo do Direito. Quando muito, seria qualquer coisa semelhante ao chamado direito processual ou formulário. Seria uma simples arte de existência transitória. Ora, isso não corresponde ao que realmente sentimos e observamos, nem ao que nos revelam e provam os fatos, como vamos demonstrar<sup>17</sup>.

Assim, não obstante a uniformização e a harmonização, o DIPr jamais deixará de existir. Qualquer que seja a organização político-jurídica internacional, seja a instituição de um direito único e universal ou a criação de um Estado supremo, tudo o que diz respeito à aproximação das relações humanas privadas em nível internacional importa ao DIPr, não apenas o conflito de leis no espaço; mas também

---

<sup>16</sup> LORETO FILHO, Sérgio. **Curso de direito internacional privado**. Recife: Editora Universitária, 1973, p. 346.

<sup>17</sup> *Idem*.

a criação de um Direito Uniforme, regras de nacionalidade, condição jurídica do estrangeiro, reconhecimento internacional dos direitos adquiridos no estrangeiro. Eis aí a importância de se entender de forma ampla o escopo desta disciplina.

Além disso, quanto mais regulamentada e harmônica estiver a sociedade internacional, melhor para o desenvolvimento da vida jurídica mundial que é fomentada pelas relações entre os povos. Então, enquanto existir a humanidade e as relações internacionais privadas entre os homens no mundo, existirá o DIPr para proteger e garantir a segurança dessas relações; assim, a uniformização e harmonização deve representar o aprimoramento do DIPr e não a sua extinção.

De indiscutível importância no aprimoramento do DIPr, tem-se o avanço da uniformização e da harmonização em direção à consagração do princípio da autonomia da vontade em matéria de contratos internacionais.

## 2 CONTRATOS INTERNACIONAIS

### 2.1 CARACTERIZAÇÃO DOS CONTRATOS INTERNACIONAIS

O contrato, principal instrumento regulador das relações privadas, é constituído por cláusulas elaboradas, presumidamente, em consenso pelos contratantes. Trata-se de uma representação documental (materializada ou virtual) da celebração do acordo e visa conferir segurança jurídica à relação negocial, mormente quando há fluxo de valores entre fronteiras transnacionais.

O contrato internacional, para Irineu Strenger<sup>18</sup>, é o motor do comércio internacional e das relações internacionais. Convicto de que os contratos internacionais se caracterizam pela vinculação a um ou mais sistemas jurídicos estrangeiros, o autor também considera os elementos de estraneidade (domicílio, nacionalidade, *lex voluntatis*, localização da sede, centro das principais atividades) como identificadores de tais contratos.

Segundo Irineu Strenger, os contratos internacionais fundamentam-se mais em princípios do que em normas legais, e sua especificidade reside na peculiaridade do tratamento que recebe o seu conteúdo, através das cláusulas quase sempre de carácter particularizante, individualizadoras.

De acordo com Luiz Olavo Baptista<sup>19</sup> a relação jurídica contratual pode estar em contato com mais de um sistema jurídico ou com apenas um único sistema, seja em virtude de elementos subjetivos ou objetivos. No primeiro caso, são considerados contratos internacionais, e no segundo, puramente nacionais.

Mesmo que celebrado em território nacional, um contrato poderá classificar-se como internacional; a distinção está nos elementos constitutivos desse acordo, tais como: partes contratantes, lugar da celebração, lugar de cumprimento. Se tais elementos estiverem vinculados a um mesmo ordenamento jurídico, pode-se afirmar que o contrato está sujeito ao Direito obrigacional interno, sendo, portanto um contrato nacional; mas se os elementos constitutivos do contrato extrapolam os limites territoriais de um único país, tem-se aí a extraterritorialidade ou o elemento de

---

<sup>18</sup> STRENGER, Irineu. **Contratos internacionais do comércio**. 3ª Edição. São Paulo: LTR, 1998, p. 21.

<sup>19</sup> BAPTISTA, Luiz Olavo. **Dos contratos internacionais: uma visão teórica e prática**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 23.

estranheidade responsável pela caracterização do negócio como internacional, sujeito, portanto, às normas de Direito Internacional.

Quando as partes contratantes são de nacionalidades distintas, ou possuem domicílios em países diferentes, ou ainda quando o objeto do contrato deve ser executado ou entregue em país diverso daquele em que a obrigação foi pactuada, isto é, quando o lugar de celebração e de execução contratual não coincidem em um mesmo território nacional, está-se diante de uma contratação internacional.

A internacionalista brasileira Thaís Cárnio<sup>20</sup> ressalta que a vinculação a mais de um sistema jurídico estrangeiro é a principal característica dos contratos internacionais, mas não descarta um outro critério de verificação do caráter internacional do contrato: o critério convencional, que advém de conceitos previstos em tratados e convenções internacionais sobre a matéria.

A autora cita como exemplo a Lei Uniforme sobre a Formação dos Contratos de Venda Internacional de Objetos Móveis Corpóreos, promulgada pela Convenção de Haia de 1964, que, ao definir o âmbito de sua aplicação aos contratos considerou o fato das partes possuírem estabelecimentos em países diferentes, e também a possibilidade de não possuírem estabelecimento, ocasião em que se leva em conta a sua residência habitual. A mesma Lei Uniforme, por outro lado, desconsiderou o critério nacionalidade das partes para fins de incidência da norma.

Outro exemplo interessante de critério de atribuição de internacionalidade aos contratos é o adotado pela Convenção de Berna sobre o transporte de mercadorias por estrada de ferro. De acordo com a Convenção de Berna<sup>21</sup> de 1886, os contratos serão tidos como internacionais se a mercadoria destinada a transporte precisar atravessar o território de pelo menos dois Estados contratantes.

Conclui Luiz Olavo Baptista<sup>22</sup> que a internacionalidade do contrato é avaliada de acordo com o caso concreto: verificado o elemento de estraneidade, passa-se à determinação da intensidade e da relevância desse elemento naquela relação jurídica. Assim, pode-se afirmar que a verificação da internacionalidade decorre da necessidade de identificação do sistema jurídico aplicável, dentre aqueles que se relacionam com os elementos contratuais.

---

<sup>20</sup> CÁRNIO, Thaís Cíntia. **Contratos internacionais**: teoria e prática. São Paulo: Atlas, 2009, p.11/12.

<sup>21</sup> A Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, de 9 de setembro de 1886, revista em Paris a 24 de julho de 1971, foi promulgada no Brasil em 6 de maio de 1975 através do Decreto nº 75.699. Disponível em: <http://www.senado.gov.br>.

<sup>22</sup> BAPTISTA, Luiz Olavo. *Op. Cit.*, p. 23.

As relações jurídicas ligadas à atividade mercantil não escapam à incidência das normas comuns do Direito obrigacional. Entretanto, quando essas relações jurídicas comerciais ultrapassam os limites territoriais e ganham proporções internacionais, o Direito interno associado às regras da *lex mercatoria* se adequa para atender às necessidades regulatórias próprias do Direito internacional.

Na visão da doutrina o contrato resulta da livre manifestação dos interesses dos próprios contratantes, o que o torna equilibrado e justo em suas prestações. Aos contratantes é reconhecida ampla liberdade de contratar, desde que observadas a soberania, a ordem pública e os bons costumes.

Observados tais limites, podem as partes convencionar aquilo que lhes aprouver, o que, de resto, constitui um aspecto da liberdade individual, consubstanciada no princípio de que é permitido tudo que não é proibido. Podem, portanto, discutir livremente as condições e celebrar contratos, além de escolher a lei que irá regulá-los, exercendo a melhor forma de declaração de vontade<sup>23</sup>.

Identificado o contrato, põe-se a questão de que lei reguladora incidirá sobre ele. A lei aplicável ao contrato interno é a proveniente da legislação vigente no Direito interno do país em que foi inteiramente firmado o negócio jurídico. Neste caso, não há que se falar na hipótese da escolha da lei aplicável pelas partes, tendo em vista que o ordenamento jurídico brasileiro terá incidência obrigatória, e qualquer escolha cabível às partes estará dentro da permissibilidade limitada que é conferida pelas normas nacionais.

Quanto aos contratos internacionais, não se reveste de facilidade, e nesta seara se constata a importância da análise da autonomia da vontade, objeto de estudo central deste trabalho. É preciso ter cautela, pois as legislações nacionais tratam de forma não unívoca a autonomia da vontade das partes para a escolha da lei aplicável ao contrato.

O corpo normativo dos países que se conectam ao contrato representa múltiplas possibilidades de incidência legal. Diante desta vasta opção que se percebe a importância do princípio da autonomia da vontade das partes na escolha da legislação aplicável.

---

<sup>23</sup> PERIN Junior, Écio. **A teoria da vontade na formação dos contratos e a autonomia do Direito comercial em relação ao Direito civil face ao projeto do novo Código Civil.** Disponível em: Disponível em: <[www.jus2.uol.com.br](http://www.jus2.uol.com.br)>. Acesso em: 29 jun. 2012.

Daí a preocupação mundial com a legislação de regência dos contratos internacionais ser inevitável. Sob esse aspecto, Irineu Strenger<sup>24</sup> entende ser importante considerar duas hipóteses: a primeira, o contrato omissivo quanto ao Direito aplicável, e a segunda, a escolha pelas partes do Direito aplicável, apoiada no princípio da autonomia da vontade.

Explica o autor que os contratos sem cláusula de lei aplicável estão sujeitos aos elementos de conexão vigentes nos ordenamentos positivos de DIPr. Nesses casos a escolha pelas partes vai depender não apenas da qualificação, mas também dos critérios adotados pelo próprio contrato que eventualmente permitam esse exercício da vontade.

Em matéria de contratos, tudo depende da vontade das partes contratantes, entretanto, em caso de omissão da vontade em pontos essenciais do contrato, necessário se faz ponderar os elementos que compõem a relação jurídica: lei da nacionalidade das partes, lei do domicílio, lei do lugar da celebração do contrato, lei da execução, entre outras.

Quando presente a cláusula da lei aplicável, a autonomia da vontade se mostra eficaz na busca pela lei que melhor convém à regulação da relação jurídica, mas, de acordo com Oscar Tenório<sup>25</sup>, além de elemento de conexão, a autonomia da vontade é princípio contratual, cujo maior prestígio se deu na época em que a liberdade nos contratos chegou ao auge em pleno liberalismo, quando as convenções legalmente constituídas tinham força de lei entre as partes.

Sob o ponto de vista do professor Sylvio Loreto<sup>26</sup>, o princípio da autonomia da vontade na esfera do DIPr ressurgiu intenso em nossos dias. E tomando por certo que tal princípio é admitido e reconhecido pelo Direito interno, o questionamento feito pelo professor é sobre o seu cabimento na solução de alguns dos problemas do DIPr. Em resposta, o professor Sylvio Loreto entende que a autonomia da vontade, no âmbito do DIPr, se aplica aos problemas de conflitos de leis. A vontade pode outorgar competência a uma lei para regular direitos e obrigações em relações jurídicas internacionais.

---

<sup>24</sup> STRENGER, Irineu. *Op. Cit.*, 1998, p. 108.

<sup>25</sup> TENÓRIO, Oscar. *Op. Cit.*, p. 348.

<sup>26</sup> LORETO, Sylvio. **O direito internacional privado e a autonomia da vontade: seu estudo na Faculdade de Direito do Recife na primeira metade do século XX.** In: Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito, nº 12, 2002. Org. João Maurício Adeodato. Recife: Universidade Federal de Pernambuco-CCJ, 2002, p. 414/416.

O princípio sofreu um abrandamento, a ponto do Direito positivo diminuir sensivelmente o campo de ação dos contratantes e subordinar a sua vontade aos critérios legais. Ressalta Oscar Tenório<sup>27</sup> que, enquanto na ordem interna o princípio da autonomia da vontade corresponde à liberdade concedida pela própria lei aos contratantes, no campo dos conflitos de leis o problema toma outra feição.

Explica Tenório que existem duas correntes opostas sobre o assunto: para a primeira corrente, a autonomia da vontade é um critério que a própria lei consagra e tem extensão muito maior no DIPr do que no Direito interno. A segunda corrente estabelece que a autonomia da vontade, considerada como a liberdade das partes escolherem a lei para reger o contrato, não deve ser admitida. A posição da segunda corrente, liderada pelo internacionalista francês Niboyet, é de que não há autonomia da vontade, mas liberdade convencional, ou seja, o entendimento é de que as próprias leis imperativas limitam a vontade das partes.

No entanto, para Celso Bastos<sup>28</sup>, é possível que a escolha das partes não alcance a eficácia almejada:

Nos casos onde houver uma escolha de lei, as partes devem procurar identificar claramente quais aspectos do contrato e quais situações devem ser regidas pela legislação preferida. Uma das mais complexas questões a respeito da escolha de lei diz respeito ao efeito dessa escolha em vista da disparidade de normas de DIPr. Pode-se afirmar que simplesmente escolher as regras de um país para reger obrigações poderá não ter a eficácia almejada. Mesmo os sistemas de DIPr que sustentam amplamente o princípio da autonomia da vontade não são absolutos em atribuir força a esta escolha. Todos os sistemas contêm restrições que invalidam determinadas manifestações de vontade consideradas inaceitáveis. Há sistemas que restringem a possibilidade de escolha, e outros ainda, que proíbem quaisquer opções em matéria de lei aplicável.

De acordo com o professor Sylvio Loreto<sup>29</sup>, duas ou mais pessoas, ao pactuarem seus interesses nas cláusulas contratuais registram as suas vontades autorizadas pelo princípio da autonomia da vontade, e desse ato, decorrem direitos e obrigações. A vontade tem força de estipular livremente o que convém aos contratantes, outorga aos mesmos o poder de indicar a lei competente para regular seus direitos e obrigações.

---

<sup>27</sup> TENÓRIO, Oscar. *Op. Cit.*, p. 348.

<sup>28</sup> BASTOS, Celso Ribeiro; KISS, Eduardo Amaral Gurgel. **Contratos internacionais**. São Paulo: Saraiva, 1990, p.6.

<sup>29</sup> LORETO, Sylvio. *Op. Cit.*, 2002, p. 420.

Chamam-se de leis de competência voluntária, pois decorrem do fato de terem sido escolhidas pela vontade das partes, expressamente manifestada no contrato. Na ausência da vontade expressa, incidirá uma lei supletiva. Explica o professor Sylvio Loreto<sup>30</sup> que a lei supletiva é fixada pela legislação a partir da presunção da vontade das partes, entendendo que as partes omitiram-se deliberadamente de manifestar a vontade. Conclui que o princípio da autonomia da vontade confere às partes o poder de determinar a essência das cláusulas que devem reger seus entendimentos recíprocos. A vontade é soberana na escolha da lei aplicável, reguladora da substância e dos efeitos do contrato.

A vontade não é limitada pelo território, porque pode se manifestar em qualquer lugar. Em um contrato, a manifestação das vontades constitui um fato, de modo que o papel único da lei escolhida é conferir proteção à essa manifestação de vontade das partes para que possam exprimi-la livremente.

Sobre a liberdade de escolha das partes na escolha da lei aplicável às obrigações contratuais, entende Lauro Gama<sup>31</sup> que o aplicador do Direito, diante do caso concreto, deve mitigar a autonomia da vontade com as limitações à ela impostas, de modo a harmonizar e coordenar as várias normas jurídicas aplicáveis. Para o autor, deve-se estabelecer um diálogo, uma coordenação flexível e útil entre as fontes normativas a fim de proporcionar a melhor solução possível para os casos complexos do comércio internacional.

Logo, emerge a necessidade de proceder à análise dos interesses concretos expressos no acordo entre as partes considerando, em paralelo, as imposições da ordem pública e as limitações legais ao exercício da autonomia da vontade.

Desde Pillet, internacionalista francês, contemporâneo de Niboyet, toda manifestação da vontade é sempre limitada pela necessidade de respeitar a autoridade da lei competente, isto é, pela disposição imperativa ou proibitiva de uma lei aplicável. Nesses impasses, explica o professor Sylvio Loreto<sup>32</sup>, a autonomia

---

<sup>30</sup> LORETO, Sylvio. **Do princípio da autonomia da vontade no DIPr (perspectiva histórica)**. In: Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito, nº 10, 2000. Org. João Maurício Adeodato. Recife: Universidade Federal de Pernambuco-CCJ, 2000, p. 263/266.

<sup>31</sup> SOUZA JÚNIOR, Lauro Gama. **Autonomia da vontade nos contratos internacionais no direito internacional privado brasileiro**: uma leitura constitucional do artigo 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. Org. Carmen Tibúrcio e Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.599/626.

<sup>32</sup> LORETO, Sylvio. *Op. Cit.*, 2000, p. 274.

deveria ceder e desaparecer, tendo em vista que o referido princípio só poderia subsistir respeitando e apoiando-se na autoridade legítima da lei.

Na discussão doutrinária atual, não predomina mais a anulação do princípio da autonomia da vontade, é o que Lauro Gama vem difundindo como diálogo das fontes, ao corroborar com o pensamento de Cláudia Lima Marques<sup>33</sup> de que tal método permite a utilização simultânea, coerente e coordenada das múltiplas fontes legislativas convergentes, permitindo-se a aplicação conjunta e harmônica de duas ou mais normas para o mesmo caso, seja de forma complementar ou subsidiária.

Admite-se ainda, no diálogo das fontes, a opção voluntária das partes sobre que fonte deve prevalecer ou ainda a opção por uma das leis em conflito, uma vez que esse método autoriza, embasa e estrutura uma solução flexível e aberta para os casos complexos da realidade jurídica.

Segundo Lauro Gama<sup>34</sup>, o método dialógico é adequado para o tratamento dos contratos, inclusive os internacionais, porque o contrato não é um instrumento único, mas sim um feixe de espécies diferentes: contratos internacionais, contratos de trabalho, contratos de consumo, entre outros. Ao explicar como adotar, na prática, a teoria do diálogo das fontes, Lauro Gama toma como exemplo um contrato internacional de agência (representação comercial) em que as partes elegeram o Direito francês como lei aplicável, e, neste caso, o juiz não pode deixar de respeitar a autonomia privada dos contratantes, e por isso reconheceu a eficácia da autonomia da vontade em sede de arbitragem, mas consignou, por outro lado, que tal eleição seria inválida no juízo, face ao art. 9º da LICC, de 1942.

Diante desse paradoxo, o autor defende que deve-se estabelecer um diálogo entre as fontes utilizadas para reconhecer o Direito e justificar a decisão judicial. Em suma, a partir da teoria do diálogo das fontes, a decisão judicial deve refletir a solução alcançada através da análise do Direito nacional eleito, associada à utilização de normas internacionalmente reconhecidas, como, por exemplo, os Princípios do UNIDROIT relativos aos Contratos do Comércio Internacional de 2004, e ainda invocar a Convenção Interamericana sobre o Direito aplicável aos Contratos Internacionais – CIDIPV (Convenção do México de 1994), mesmo que esses instrumentos ainda não tenham sido ratificados pelo Brasil.

---

<sup>33</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Proteção do consumidor no âmbito do comércio eletrônico**. In: Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, nº 23, 2003, p. 51/52.

<sup>34</sup> SOUZA JÚNIOR, Lauro Gama. *Op. Cit.*, 624/626.

Nessa vertente, Lauro Gama conclui que, mesmo com a liberdade de escolha das partes, deve o aplicador do Direito, diante do caso concreto, mitigar a ideia de exclusão de leis que é inerente ao método conflitual do DIPr, e enfrentar os desafios de harmonizar e coordenar as várias normas jurídicas aplicáveis à questão, estabelecendo, através do diálogo das fontes, uma coordenação flexível e útil entre essas fontes a fim de proporcionar a melhor solução possível para os casos complexos do comércio internacional.

A ideia da escolha da lei se ampara na autonomia da vontade por exigência da realidade contratual internacional, essa necessidade se justifica pela rapidez com que o comércio internacional se desenvolve.

Todos esses fatores precisam ser observados e contemplados pelo novo DIPr que o século XXI exige, ocasião em que se afigura relevante o tema proposto nesta tese - *A influência da harmonização e da uniformização do Direito Internacional Privado sobre a autonomia da vontade na escolha da lei aplicável aos contratos internacionais.*

## 2.2 A PROBLEMÁTICA DOS CONTRATOS INTERNACIONAIS

### 2.2.1 A ESCOLHA DO FORO

Um único contrato internacional pode apresentar várias problemáticas, como a capacidade das partes, o cumprimento das obrigações, o local de constituição, as formalidades da celebração ou o local de execução do contrato.

Para a solução de tais questões, põe-se as da escolha do foro e da lei aplicável. Quando se trata de escolha da lei do foro ou da lei aplicável, põe-se a discussão da presença da autonomia da vontade.

Antes de partir para o enfrentamento da problemática da escolha da lei do foro, que, embora não seja o escopo deste trabalho, será abordada, porque nela se insere a autonomia da vontade, objeto central desta tese, fazem-se necessárias algumas explanações a respeito da função jurisdicional do Estado. Essa função estatal é exercida diante de casos concretos de conflitos de interesses, ou seja, em caso de lide ou litígio e sempre na dependência da invocação da jurisdição pelos interessados.

Entretanto, salienta Humberto Theodoro Júnior<sup>35</sup> que não são todos os conflitos de interesses que se compõem por meio da jurisdição, mas apenas aqueles que configuram a lide ou litígio, que são palavras sinônimas e correspondem a um conflito anterior ao processo, mas a sua existência constitui *conditio sine qua non* do processo. Para que haja lide ou litígio, é necessário que ocorra um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida.

Importante diferenciar que o conflito de interesses estudado pelo Direito Processual Civil doméstico não se confunde com o conflito de leis no espaço, objeto de estudo do Direito Internacional Privado. Enquanto que o conflito de interesses é sinônimo de lide, litígio, pretensão resistida; o conflito de leis no espaço se caracteriza pela dúvida na aplicação da lei para solucionar a lide ou litígio, que também pode ser entendido como sinônimo da palavra controvérsia, muito utilizada no âmbito do comércio internacional tanto da OMC quanto do MERCOSUL.

Por outro lado, competência ou jurisdição internacional, explica Marcel Guerra<sup>36</sup>, se refere ao exercício do poder jurisdicional do Estado em relação a uma controvérsia que apresente um elemento estrangeiro, a envolver mais de um país. Salienta que a jurisdição não é passível de sofrer qualquer transformação em razão da simples presença de elementos estrangeiros no processo. A atividade jurisdicional do Estado, quanto aos fins que almeja, é única e invariável. Portanto, do ponto de vista do conteúdo da atividade jurisdicional, não se pode estabelecer uma distinção relevante em prol de um conceito autônomo de jurisdição internacional.

Nas palavras de Moon Jo<sup>37</sup>, o termo 'jurisdição internacional' refere-se à questão sobre qual país deverá exercer a jurisdição judiciária em um processo internacional. Desta forma, restringe-se à jurisdição exercida pelo Poder Judiciário e trata-se, basicamente, em buscar a jurisdição mais adequada, e não discutir qual outro tribunal, em outro país poderia exercer esta jurisdição.

A jurisdição é uma forma de heterocomposição de litígios, isto é, atribui a um terceiro, alheio ao conflito, a incumbência de determinar sua solução. A jurisdição

---

<sup>35</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 30.

<sup>36</sup> GUERRA, Marcel Vitor de Magalhães e. **Competência internacional no Código de Processo Civil e Princípios, à luz da jurisprudência do STF e STJ**. Dissertação de Mestrado/UFES. Disponível em: <http://www.ccje.ufes.br/Direito/posstrictosensumestrado/Links/dissertacaomarcelvitor.pdf>. Acesso em: 06.jun.2012.

<sup>37</sup> JO, Hee Moon. **Moderno direito internacional privado**. São Paulo: LTr, 2001, p. 269.

hoje é verificada em duas modalidades: judicial e arbitral. A jurisdição judicial caracteriza-se especialmente pela composição da lide através do Estado, que funciona como o terceiro alheio ao interesse das partes conflitantes.

Em princípio, como se nota no Brasil, a jurisdição foi concebida como poder soberano estatal, de monopólio do Estado, pois somente seus órgãos diretos a exerciam através do Poder Judiciário. Contudo, ensina José Afonso da Silva<sup>38</sup> que houve tempos em que a jurisdição era concedida pelo Estado a particulares ou as outras instituições, como era o caso da jurisdição feudal e da eclesiástica, vigente no Brasil durante o período monárquico.

Atualmente, pode-se afirmar que a jurisdição, no Brasil, é de competência judicial e arbitral, uma vez que a natureza jurídica da arbitragem é de jurisdição. O árbitro exerce jurisdição ao aplicar o direito ao caso concreto, colocando fim à lide que existia entre as partes. Assim, se o próprio Estado a reconhece e autoriza a arbitragem, a função jurisdicional, que continua sendo monopólio seu, está sendo exercida, pois há a participação de um terceiro (o árbitro), que o próprio Estado pôs para atuar validamente, como exige a Lei de Arbitragem.

Em tema de jurisdição e competência, outro conceito que precisa ser definido é o de foro. A lei do lugar onde se desenvolve o processo é a chamada lei do foro, ou *lex fori*, diz respeito à legislação aplicável em um território ou circunscrição, delimitada por uma certa área de competência jurisdicional. A lei do foro tem aplicabilidade em face da natureza territorialista e imperativa das regras em questão, que são também unilaterais e a elas não se sobrepõem as regras de Direito Internacional. Tanto a modificação da competência internacional, pela vontade individual, quanto a submissão da parte a um determinado juízo são expressões imprecisas, pois a vontade particular não modifica nem cria jurisdição ou competência, porque essas preexistem à vontade privada.

É indiscutível a importância da competência geral do foro estrangeiro ao se falar em eleição de foro, principalmente quando se deseja homologar no Brasil a sentença alienígena. A título de distinção, o ordenamento jurídico pátrio aborda a competência geral ou internacional ao impor limites à jurisdição nacional nos arts. 21 a 25 do Código de Processo Civil (CPC) – Lei nº 13.105/2015:

## TÍTULO II

---

<sup>38</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito constitucional Positivo**. 7º ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 475.

## DOS LIMITES DA JURISDIÇÃO NACIONAL E DA COOPERAÇÃO INTERNACIONAL

### CAPÍTULO I DOS LIMITES DA JURISDIÇÃO NACIONAL

Art. 21. Compete à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações em que:

I - o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil;

II - no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação;

III - o fundamento seja fato ocorrido ou ato praticado no Brasil.

Parágrafo único. Para o fim do disposto no inciso I, considera-se domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que nele tiver agência, filial ou sucursal.

Art. 22. Compete, ainda, à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações:

I - de alimentos, quando:

a) o credor tiver domicílio ou residência no Brasil;

b) o réu mantiver vínculos no Brasil, tais como posse ou propriedade de bens, recebimento de renda ou obtenção de benefícios econômicos;

II - decorrentes de relações de consumo, quando o consumidor tiver domicílio ou residência no Brasil;

III - em que as partes, expressa ou tacitamente, se submeterem à jurisdição nacional.

Art. 23. Compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra:

I - conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil;

II - em matéria de sucessão hereditária, proceder à confirmação de testamento particular e ao inventário e à partilha de bens situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território nacional;

III - em divórcio, separação judicial ou dissolução de união estável, proceder à partilha de bens situados no Brasil, ainda que o titular seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território nacional.

Art. 24. A ação proposta perante tribunal estrangeiro não induz litispendência e não obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas, ressalvadas as disposições em contrário de tratados internacionais e acordos bilaterais em vigor no Brasil.

Parágrafo único. A pendência de causa perante a jurisdição brasileira não impede a homologação de sentença judicial estrangeira quando exigida para produzir efeitos no Brasil.

Art. 25. Não compete à autoridade judiciária brasileira o processamento e o julgamento da ação quando houver cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro em contrato internacional, arguida pelo réu na contestação.

§1º Não se aplica o disposto no caput às hipóteses de competência internacional exclusiva previstas neste Capítulo.

§2º Aplica-se à hipótese do caput o art. 63, §§ 1º a 4º.

Como se pode perceber, os arts. 21, 22 e 24 do novo CPC tratam da competência internacional cumulativa, e os arts. 23 e 25 da competência

internacional exclusiva brasileira. A competência especial ou interna, que não será analisada no presente trabalho, está prevista nos arts. 44 a 53 do CPC, e divide-se em competência em razão do valor e da matéria, funcional e territorial.

Sobre a lei do foro, entende Franceschini<sup>39</sup> que, no DIPr brasileiro, ainda existe confusão entre lei aplicável e foro, seja pela complexidade prática do tema ou pela pouca experiência dos Tribunais nacionais no trato de questões de DIPr em sede de contratos internacionais. No sistema jurídico brasileiro, a determinação da competência judiciária nos contratos internacionais não influencia a competência legislativa, e vice-versa, por isso, jurisdição e lei aplicável não se confundem.

A lei aplicável ao contrato internacional também não se confunde com a questão da escolha do foro. Sob o ponto de vista do julgador, deve ficar claro que, uma vez identificado o juízo competente (nacional ou estrangeiro) para o julgamento da demanda, a próxima etapa é a identificação da lei materialmente aplicável, à luz do Direito conflitual positivo brasileiro.

A eleição de foro é um aspecto formal, processual do contrato, enquanto que a escolha da lei aplicável está ligada ao conteúdo material da avença. Por isso que, a partir da eleição, pelas partes, do foro brasileiro para julgamento da demanda não se pode inferir ter sido também escolhida a lei brasileira como aplicável ao contrato. Mesmo que o foro eleito seja o nacional, admite-se escolha de lei estrangeira a ser aplicada à matéria contratual que será julgada por juízes brasileiros, segundo norma processual brasileira.

Conforme ressaltado por Nardi<sup>40</sup>, os temas estão intrinsecamente ligados, mas discute-se nesse campo a forma de fixação da competência internacional dos juízes, sem observar qual a lei que será aplicável, ainda que por escolha das partes envolvidas. Eleger o foro é apenas comprometer-se a reclamar seus direitos perante certo órgão jurisdicional, independente das normas jurídicas aplicáveis à relação material, esclarece.

---

<sup>39</sup> FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. **A lei e o foro de eleição em tema de contratos internacionais**. Disponível em: <[www.fm-advogados.com.br](http://www.fm-advogados.com.br)>. Acesso em: 18.03.2012.

<sup>40</sup> NARDI, Marcelo de. **Eleição de foro em contratos internacionais**: uma visão brasileira. In: *Contratos internacionais*/coord. João Grandino Rodas. 3ª Ed. Ver., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.122/194.

Serpa Lopes<sup>41</sup> conclui pela perfeita distinção entre a escolha da lei aplicável ao contrato e a eleição do foro para dirimir controvérsias, além de destacar a relevância do tema ao explicar que a escolha da lei aplicável é uma liberdade material decorrente do princípio da liberdade de contratar, ou seja, da autonomia da vontade. A eleição de foro, por sua vez, tem conotação processual, e consiste em indicar o compromisso das partes de se submeterem a certo órgão jurisdicional para exame dos litígios decorrentes do contrato, com o objetivo de prever o resultado de acordo com o prestígio da corte escolhida.

A doutrina da autonomia da vontade apresenta dificuldades quando as partes não estabelecem expressamente a lei para reger o contrato. Descobrir a lei a que as partes se submeteram quando da celebração do contrato é tarefa que compete ao intérprete da relação jurídica a partir da identificação dos elementos de conexão contidos no contrato, como por exemplo: lei do lugar da execução, lei do lugar da celebração, lei do foro, entre outros.

Segundo Peter Nygh<sup>42</sup>, professor adjunto de Direito na Universidade de *New South Wales*, na Austrália, escolha da lei e escolha do foro são assuntos correlacionados. Não apenas a escolha do foro pode determinar a lei aplicável, e frequentemente acompanhar uma cláusula de eleição da lei em favor da mesma jurisdição, mas o próprio poder de escolher levanta as mesmas questões que a autonomia das partes. Mas, diferem quanto a um aspecto importante: a escolha do foro afeta a jurisdição dos tribunais e, portanto, pode ser vista como um desafio mais direto ao Estado autoritário.

No entanto, o direito das partes escolherem o foro foi reconhecido em muitos países, principalmente na Inglaterra. Antes disso, já era claro que as partes poderiam escolher a lei aplicável, independentemente da escolha do foro. Para o autor, a escolha do foro possui dois aspectos: prorrogação e derrogação. Na prorrogação a jurisdição é conferida pelo acordo entre as partes para a escolha de um foro que não poderia ter jurisdição. A derrogação, explica Peter, é um instrumento através do qual as partes, em comum acordo, excluem a jurisdição de um ou mais foros que seriam competentes para julgamento.

---

<sup>41</sup> LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil**. 2ª Ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, vol. III, p. 73.

<sup>42</sup> NYGH, Peter. **Autonomy in international contracts**. Oxford: Clarendon Press, 1999, p. 15.

Explica ainda o autor que, embora seja possível prorrogar sem derogar, no caso de uma prorrogação não exclusiva, e na derrogação sem prorrogação, onde o acordo apenas exclui uma ou mais possibilidades de jurisdição, na maioria das vezes o acordo das partes pretende conferir exclusividade de jurisdição a um foro e excluir todos os outros. Nesse caso, haverá tanto a prorrogação de foro quanto a derrogação de um ou mais foros.

Esclarece Franceschini<sup>43</sup> que tanto a modificação da competência internacional, pela vontade individual, quanto a submissão da parte a um determinado juízo são expressões imprecisas, pois a vontade particular não modifica nem cria jurisdição ou competência, porque essas preexistem à vontade privada.

E seja em termos de derrogação ou de prorrogação de jurisdição, as partes contratantes ou litigantes não gozam de liberdade absoluta, pois, a vontade das partes não pode submeter à jurisdição de um Estado uma lide afastada ou recusada por seu ordenamento jurídico. É inadmissível a vontade das partes na escolha do foro quando há, por exemplo, ofensa à ordem pública, bons costumes ou soberania nacional.

Para Haroldo Valladão<sup>44</sup>, o foro de eleição e a prorrogação foram adotados no Direito convencional, como se observa no texto do art. 318 do Código de Bustamante, ao tratar das regras gerais de competência no Direito Civil e Comercial:

Art. 318. O juiz competente, em primeira instância, para conhecer dos pleitos a que dê origem o exercício das ações cíveis e mercantis de qualquer espécie, será aquele a quem os litigantes se submetam expressa ou tacitamente, sempre que um deles, pelo menos, seja nacional do Estado contratante a que o juiz pertença ou tenha nele o seu domicílio e salvo o Direito local, em contrario.

A submissão não será possível para as ações reais ou mistas sobre bens imóveis, se a proibir a lei da sua situação.

O ordenamento jurídico brasileiro, em termos de competência territorial, admite a derrogação de jurisdição mediante foro de eleição e admite ainda a prorrogação de jurisdição pela submissão tácita em que não conste exceção declinatória de foro, mas, para isso, ensina Franceschini<sup>45</sup>, que é preciso a existência dos elementos de conveniência de foro. À luz do CPC brasileiro de 1973, o autor analisa a competência internacional e a nacional, e detecta fatores

---

<sup>43</sup> FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Op. Cit.*, p.66/121.

<sup>44</sup> VALLADÃO, Haroldo. *Op. Cit.*, p. 138.

<sup>45</sup> FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Op. Cit.*, p.100/102.

indicativos da competência em razão do lugar, que são os elementos de conveniência de foro.

Por serem admitidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, os elementos de conveniência, de fato, são passíveis de aplicação à competência internacional estrangeira. A fim de compreender melhor esta análise feita por Franceschini, à luz do CPC de 1973, seguem os elementos de conveniência que possibilitam a prorrogação e a derrogação do foro, segundo o autor<sup>46</sup>:

- a) O local e o domicílio ou residência do réu, independentemente da sua nacionalidade (previsto nos arts. 88, I; 94 e 98 do CPC);
- b) O local de cumprimento da obrigação (previsto nos arts. 88, II e 100, IV, “d” do CPC);
- c) O local da ocorrência do fato ou da prática do ato que der origem à ação (previsto nos arts. 88, III e 100, V do CPC);
- d) O local da situação da agência, filial ou sucursal da pessoa jurídica (previsto nos arts. 88, pu, e 100, IV, “b” do CPC);
- e) O local de estada do réu, quando incerto ou desconhecido seu domicílio (previsto no art. 94, §2º do CPC);
- f) O local de domicílio ou residência do autor (previsto no art. 94, §§ 2º e 3º do CPC);
- g) O local da Capital da pessoa jurídica de Direito Público (previsto no art. 99 do CPC);
- h) O local da sede da pessoa jurídica ou o local onde a sociedade que carece de personalidade jurídica exerce a sua principal atividade (previsto no art. 100, IV, “a” e “c”, do CPC<sup>47</sup>)

Franceschini<sup>48</sup> alerta para ausência do elemento nacionalidade na lista anterior, e até mesmo para o seu desprezo nos termos do art. 21 do CPC. Entretanto, nas hipóteses em que estejam envolvidos na demanda judicial Estados ratificantes do Código de Bustamante, a nacionalidade constitui elemento de fixação de competência, conforme expressamente consignado no art. 318, do referido diploma legal.

Importante ainda abordar, dentro do assunto do Direito processual internacional brasileiro, a questão do foro neutro. Sobre o tema, Irineu Strenger<sup>49</sup> explica que o exercício da autonomia da vontade pode levar as partes a escolherem até mesmo um terceiro país para tutelar sua relação jurídica, ou seja, um foro neutro.

<sup>46</sup> *Ibidem*, p.104/107.

<sup>47</sup> Correspondência entre dos artigos citados no CPC de 2015: a) previsto nos arts. 21, I; 46 e 50 do CPC/2015; b) previsto nos arts. 21, II e 53, III, “d” do CPC/2015; c) previsto nos arts. 21, III e 53, IV do CPC/2015; d) previsto nos arts. 21, pu, e 53, III, “b” do CPC/2015; e) previsto no art. 46, §2º do CPC/2015; f) previsto no art. 46, §§ 2º e 3º do CPC/2015; g) previsto nos arts. 51 e 52 do CPC/2015; h) previsto no art. 53, III, “a” e “c”, do CPC/2015.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p.107/108.

<sup>49</sup> STRENGER, Irineu. *Op. Cit.*, 1998, p. 256.

Ressalta ainda que nesses casos, os interessados devem se esforçar para conhecer ao máximo a legislação escolhida.

Tal instituto é admitido no Brasil desde que observados os limites impostos pela ordem pública e que haja alguma conexão de caráter objetivo ou subjetivo entre a relação jurídica e o foro neutro escolhido. Para a legislação brasileira, o foro neutro deve ter algum vínculo com a lide, não pode ser completamente alheio aos elementos de conexão presentes na relação jurídica.

A única exceção se refere ao foro arbitral, em que o ordenamento nacional permite a escolha de um país completamente diverso da jurisdição das partes litigantes, independentemente de qualquer conexão com a relação jurídica.

Inclusive, atesta Irineu Strenger<sup>50</sup>, tem prevalecido, entre os comerciantes internacionais, o consenso de que as pendências subordinadas a decisões arbitrais se dirimam de acordo com os regulamentos das entidades que mantêm essa atividade jurisdicional, podendo assim a sede dessas organizações tornar-se o elemento de conexão designador, não só do procedimento, como também do Direito aplicável, sempre que os interessados não tenham estabelecido de modo diverso, com apoio no princípio da autonomia da vontade.

Não obstante a faculdade das partes de eleger livremente o foro arbitral e de escolher a lei aplicável, conforme preveem, respectivamente, os arts. 9º; 10, inciso IV; 2º; 11, inciso IV e 39 da Lei de Arbitragem nº 9.307/1996, a autonomia quanto à escolha da lei aplicável encontra limitação:

**Art. 9º O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.**

§ 1º O compromisso arbitral judicial celebrar-se-á por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda.

Art. 10. Constará, obrigatoriamente, do compromisso arbitral:

(...)

**IV - o lugar em que será proferida a sentença arbitral.**

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.

---

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 255.

Art. 11. Poderá, ainda, o compromisso arbitral conter:

(...)

IV - a indicação da lei nacional ou das regras corporativas aplicáveis à arbitragem, quando assim convencionarem as partes;

Art. 39. Também será denegada a homologação para o reconhecimento ou execução da sentença arbitral estrangeira, se o Supremo Tribunal Federal constatar que:

I - segundo a lei brasileira, o objeto do litígio não é suscetível de ser resolvido por arbitragem;

II - a decisão ofende a ordem pública nacional.

Parágrafo único. Não será considerada ofensa à ordem pública nacional a efetivação da citação da parte residente ou domiciliada no Brasil, nos moldes da convenção de arbitragem ou da lei processual do país onde se realizou a arbitragem, admitindo-se, inclusive, a citação postal com prova inequívoca de recebimento, desde que assegure à parte brasileira tempo hábil para o exercício do direito de defesa (grifos nossos).

Ao analisar a Lei de Arbitragem brasileira (Lei nº 9.307/1996), explica o professor Aurélio Bôaviagem que, diferente do tratamento dado pelo art. 17 da LINDB<sup>51</sup>, em que a ordem pública descarta a eficácia da lei, do ato ou da sentença estrangeira que lhes sejam ofensivos; a ordem pública seria excludente da própria arbitragem estipulada como obrigatória em uma das cláusulas gerais do contrato internacional. Questiona o autor em sua tese: “Em tal circunstância, será considerada como cláusula abusiva e, conseqüentemente, considerada infratora àquela ordem, por afrontar o princípio constitucional de acesso ao Judiciário?”<sup>52</sup>

Critica Franceschini<sup>53</sup> a inexistência de autonomia da vontade em cláusulas arbitrais. A legalidade das cláusulas de arbitragem é reconhecida no Brasil, seja no plano interno ou internacional, inclusive quanto à competência judiciária, matéria que admite ser regulada pela liberdade contratual, observados os princípios balizadores.

Mas, ainda neste caso de foro arbitral neutro, adverte Franceschini<sup>54</sup>, o Brasil só admite nos casos de disputa comercial que envolva Estados ratificantes do Protocolo Relativo às Cláusulas de Arbitragem, assinado em Genebra, em 24 de setembro de 1923. Apesar de rotineira a fixação de foro arbitral neutro, sua eficácia

<sup>51</sup> Art. 17 da LINDB: 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.

<sup>52</sup> BÔAVIAGEM, Aurélio Agostinho da. **Contrato internacional de comércio**: exercício da autonomia da vontade, utilização da arbitragem (estrangeira e internacional), seu reconhecimento, proposta de alteração legislativa, p. 98. Tese de Doutorado. Recife: tese de Doutorado/ UFPE, versão do autor, 2000, 138 f.

<sup>53</sup> FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Op. Cit.*, p.66/121.

<sup>54</sup> *Idem*.

está atrelada aos limites impostos pela ordem pública, competência nacional exclusiva, preceitos de conveniência de foro, entre outros.

Em resumo, a eleição de foro para dirimir litígios decorrentes da contratação internacional é válida, amplamente aceita e utilizada internacionalmente. Por meio desta escolha, manifesta no contrato, as partes contratantes se obrigam a se submeterem à jurisdição escolhida para solucionar eventuais controvérsias derivadas da relação negocial.

Esclarecida a questão de que a eleição de foro brasileiro não implica a escolha da lei brasileira para disciplinar a relação jurídica, da mesma forma a eleição do foro estrangeiro não significa aplicação do Direito alienígena à relação jurídica material. Além de distintos, esses institutos são independentes no âmbito do ordenamento jurídico interno.

Nadia de Araujo<sup>55</sup> é enfática ao dizer que, diante do impasse da legislação brasileira quanto à possibilidade de se escolher a lei aplicável, uma solução é a determinação de um foro no qual, secundariamente, esta escolha seja permitida. Pois, se eleito o foro brasileiro, de pronto, não se pode assegurar que a escolha da lei pelas partes seja respeitada. Ao menos, a cláusula de eleição de foro é permitida e amplamente utilizada no Brasil.

Prova disso é o Decreto nº 2.095 de 17 de dezembro de 1996, através do qual o Brasil ratificou o Protocolo de Buenos Aires de 1994, que trata da jurisdição internacional em matéria contratual, consagrando a liberdade de eleição de foro ao atribuir aos contratantes a competência para a resolução de conflitos decorrentes de contratos internacionais em matéria civil ou comercial, conforme se verifica na reprodução do texto dos arts. 4 a 7, a seguir:

**TITULO II - Jurisdição Internacional**  
**CAPITULO I - Eleição de Jurisdição**

Artigo 4

- 1. Nos conflitos que decorram dos contratos internacionais em matéria civil ou comercial serão competentes os tribunais do Estado-Parte em cuja jurisdição os contratantes tenham acordado submeter-se por escrito, sempre que tal ajuste não tenha sido obtido de forma abusiva.**
- 2. Pode-se acordar, igualmente, a eleição de tribunais arbitrais.**

---

<sup>55</sup> ARAUJO, Nadia de. **Direito internacional privado**: teoria e prática brasileira. 3ªd. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.331 e 335.

#### Artigo 5

1. **O acordo de eleição de jurisdição pode realizar-se no momento da celebração do contrato, durante sua vigência ou uma vez suscitado o litígio.**

2. A validade e os efeitos de eleição de foro serão regidos pelo Direito dos Estados-Partes que teriam jurisdição de conformidade com o estabelecido no presente Protocolo.

3. Em todo caso, será aplicado o Direito mais favorável de validade do acordo.

#### Artigo 6

Eleita ou não a jurisdição, considerar-se-á esta prorrogada em favor do Estado-Parte onde seja proposta a ação quando o demandado, depois de interposta esta, a admita voluntariamente, de forma positiva e não ficta.

### C A P Í T U L O II - Jurisdição Subsidiária

#### Artigo 7

**Na ausência de acordo, têm jurisdição à escolha do autor:**

- a) o juízo do lugar de cumprimento do contrato;
- b) o juízo do domicílio do demandado;
- c) o juízo de seu domicílio ou sede social, quando demonstrar que cumpriu sua prestação (grifos nossos).

É de se destacar a importância do Protocolo de Buenos Aires de 1994 como o melhor exemplo de normativa internacional em matéria de contratos internacionais já incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro. Na tentativa de ressaltar a importância de disciplinar e harmonizar as contratações internacionais utiliza-se como paradigma o referido Protocolo, que apesar de representar uma normatização própria para os contratos no âmbito do MERCOSUL, não descarta a utilização de fontes normativas do UNIDROIT e da UNCITRAL. E a ideia de segurança jurídica é melhor visualizada no âmbito menor de contratação internacional, que é o âmbito regional mercosulino.

Ao analisar os dispositivos do Protocolo de Buenos Aires de 1994, Felipe Borge<sup>56</sup> enfatiza que o objetivo de tal documento é regular a jurisdição de um determinado Estado em face da de outro, em matéria contratual, sempre preferindo a jurisdição eleita pelas partes. O Protocolo favorece, tão-somente, a cláusula eletiva de jurisdição, mas não o direito ou a lei aplicável ao contrato.

Apesar das intenções do Protocolo de Buenos Aires nesse ponto, o Estado brasileiro, através do Poder Judiciário, oscila na aplicação da cláusula de eleição de jurisdição oriunda de contrato internacional, ora optando apenas pela prevalência da competência do foro nacional, ora interpretando como norma de caráter imperativo.

---

<sup>56</sup> BORGE, Felipe Dezorzi. **Protocolo de Buenos Aires e cláusula de eleição de foro**. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/14248>. Acesso em: 18 ago. 2012.

Ao fazer essa crítica, Felipe Borge observa que o Estado brasileiro prefere, na verdade, a despeito das premissas contratuais trazidas pelos termos do Protocolo, privilegiar a jurisdição nacional para a resolução de conflitos internacionais, seja de ordem pública ou privada, contratuais ou não.

A resolução desse entrave perpassa pelo próprio desconhecimento do Protocolo de Buenos Aires de 1994 e de suas características na seara jurídica nacional, notadamente quanto à relação contratual e à eleição de foro. De outro lado, para Nardi<sup>57</sup>, a simples admissão de competência concorrente com juízos alienígenas leva à conclusão de que a escolha de foro em contratos internacionalmente conectados é totalmente compatível com o ordenamento jurídico brasileiro, desde que observadas certas restrições.

O reconhecimento de eficácia à escolha do foro subordina-se ao sistema de limites consagrado no art. 216 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (STF), e antes dele, no art. 17 da Lei de Introdução ao Código Civil de 1942, a seguir reproduzidos:

**Reg. Interno do STJ<sup>58</sup>, Art. 216** - Não será homologada sentença que ofenda a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.

**LICC de 1942, 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.

E hoje contemplado no art. 6º da Resolução nº 9 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), de 4 de maio de 2005, que dispõe, em caráter transitório, sobre competência acrescida ao Superior Tribunal de Justiça pela Emenda Constitucional nº 45/2004:

**Art. 6º** Não será homologada sentença estrangeira ou concedido *exequatur* a carta rogatória que ofendam a soberania ou a ordem pública.

A jurisprudência do STF consolidou-se no sentido de admitir a eleição de foro e a sua prorrogação quando não configura fraude à lei, violação dos princípios de

<sup>57</sup> NARDI, Marcelo de. *Op. Cit.*, p.122/194.

<sup>58</sup> Sobre o assunto da homologação da sentença estrangeira, faz-se necessário esclarecer que hoje no Brasil, a sentença estrangeira, para que possa produzir efeitos no território brasileiro, está sujeita à prévia homologação pelo Superior Tribunal de Justiça, salvo os casos dos arts. 961, §5º e 962, §4º do CPC. Ressalte-se que antes essa competência era do Supremo Tribunal Federal, com o advento das alterações trazidas pela Emenda Constitucional nº 45/2004, essa competência foi transferida para o Superior Tribunal de Justiça (CF, art. 105, I, i).

ordem pública, violação da liberdade contratual ou ofensa aos princípios fundamentais das obrigações contratuais.

Em decorrência dessas limitações impostas pela legislação nacional, a escolha de foro processual em contratos internacionais, que demonstrem potencial vício de vontade, como no caso dos contratos de adesão ou os de consumo, não tem receptividade garantida, explica Marcelo de Nardi<sup>59</sup>. Essa possível não aceitação do foro eleito é consequência da proteção legal conferida à parte contratualmente mais fraca, a fim de evitar que haja coação na escolha do foro.

Trata-se de um filtro através do qual o Estado soberano brasileiro exerce a seleção das hipóteses em que admite ou não a prorrogação voluntária da competência para fora do território nacional; juntamente com os casos de competência absoluta, que promovem a proteção da soberania nacional, da ordem pública e dos bons costumes.

A complexidade do exame da validade da eleição de foro é tão intensa que, não obstante se tratar de conteúdo processual da lide, chega a exigir que o julgador penetre na relação jurídica material para verificar a adequação da opção feita pelas partes com as exigências de proteção impostas pelo ordenamento brasileiro, como se destaca a seguir em algumas citações de julgados extraídos da jurisprudência brasileira, primeiro no Supremo Tribunal Federal:

LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO, ART. 12. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, ART. 88, I E II. E COMPETENTE A JUSTIÇA BRASILEIRA PARA CONHECER DE AÇÃO JUDICIAL EM QUE O RÉU SE ACHA DOMICILIADO NO BRASIL OU AQUI HOUVER DE CUMPRIR-SE A OBRIGAÇÃO. CASO EM QUE O DEMANDANTE TEM DOMICÍLIO NO URUGUAI E O RÉU É BRASILEIRO DOMICILIADO NO BRASIL, ONDE SE DEVERA CUMPRIR A OBRIGAÇÃO QUESTIONADA NA DEMANDA PROPOSTA NO URUGUAI. 2. **ELEIÇÃO DE FORO. SE AS PARTES, UMA DOMICILIADA NO URUGUAI, OUTRA DOMICILIADA NO BRASIL, CONTRATARAM QUE SUAS DIVERGENCIAS PERTINENTES AO CONTRATO A QUE SE VINCULARAM SERIAM SOLVIDAS NO FORO DA COMARCA DE SÃO PAULO, BRASIL, ESSE É O FORO COMPETENTE, E NÃO O DO URUGUAI.** 3. CARTA ROGATÓRIA DE CITAÇÃO DO CONTRATANTE BRASILEIRO PARA RESPONDER, NO URUGUAI, E DEMANDA QUE LHE FOI ACOLO PROPOSTA PELO CONTRATANTE URUGUAIO. 4. EXEQUATUR INICIALMENTE CONCEDIDO E POSTERIORMENTE REVOGADO. 5. AGRAVO REGIMENTAL A QUE O STF NEGA PROVIMENTO. (STF, CR 3166 AgR, Relator(a): Min. ANTÔNIO NEDER, Tribunal Pleno, julgado em 18/06/1980, DJ 15-08-1988 PP-05914 EMENT VOL-01179-01 PP-00025 RTJ VOL-00095-01 PP-00042).

---

<sup>59</sup> NARDI, Marcelo de. *Op. Cit.*, p.122/194.

**O FORO DE ELEIÇÃO E REFLEXO DO DOMICÍLIO, MATÉRIA DE DIREITO CIVIL, QUE ESCAPA AO QUE A LEI PROCESSUAL PRESCREVE SOBRE A COMPETÊNCIA. VALIDA A ESCOLHA DO FORO ELEITO, NAS RELAÇÕES JURÍDICAS INTERNACIONAIS, DEIXA DE PRODUZIR EFEITO EM FACE DO ART. 12 DA LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL.** (STF, RE 24004, Relator(a): Min. ABNER DE VASCONCELOS, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/10/1954, DJ 14-04-1955 PP-04016 EMENT VOL-00206-01 PP-00100 EMENT VOL-00206 PP-00100) (grifos nossos).

Como se percebe a partir dos precedentes jurisprudenciais do STF, no Brasil, a eleição de foro tem sido respeitada nos contratos internacionais. O mesmo se infere quando da observação da matéria, em julgados do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO ESTRANGEIRO. CONTRATO INTERNACIONAL DE IMPORTAÇÃO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 05 E 07 DO STJ. AUSÊNCIA DE QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA. 1. Não se verifica ofensa ao art. 535 do CPC, tendo em vista que o acórdão recorrido analisou, de forma clara e fundamentada, todas as questões pertinentes ao julgamento da causa, ainda que não no sentido invocado pelas partes. 2. A reforma do julgado demandaria a interpretação de cláusula contratual e o reexame do contexto fático-probatório, providências vedadas no âmbito do recurso especial, a teor do enunciado das Súmulas 5 e 7 do STJ. 3. As conclusões da Corte a quo no sentido de que, in casu, é de importação a natureza do contrato entabulado entre as partes e de que é o país estrangeiro o local de execução e cumprimento das obrigações, decorreram da análise de cláusulas contratuais e do conjunto fático-probatório carreado aos autos, pelo que proscrito o reexame da questão nesta via especial. 4. **"A eleição de foro estrangeiro é válida, exceto quando a lide envolver interesses públicos"** (STJ, REsp 242.383/SP, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/02/2005, DJ 21/03/2005 p. 360). 5. Recurso especial desprovido. (REsp 1177915/RJ, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 13/04/2010, DJe 24/08/2010).

PROCESSO CIVIL. **CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO. COMPETÊNCIA INTERNACIONAL. ART. 88 DO CPC.** NOTAS TAQUIGRÁFICAS. INTIMAÇÃO. PRECLUSÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACOLHIMENTO, SEM EFEITOS MODIFICATIVOS. 1. **A cláusula de eleição de foro estrangeiro não afasta a competência internacional concorrente da autoridade brasileira, nas hipóteses em que a obrigação deva ser cumprida no Brasil (art. 88, II, do CPC).** Precedentes. 2. A ementa, o relatório, os votos e as notas taquigráficas formaram uma única decisão sob o ponto de vista lógico e jurídico, embora sua apresentação tenha ocorrido em momentos cronologicamente distintos. Por essa razão, eventual recurso especial deve necessariamente refutar todos os argumentos nela contidos. 3. Se o acórdão recorrido tem duplo fundamento, cada um deles suficiente para a manutenção da decisão impugnada, é vedada sua revisão em sede de recurso especial (Súmula

283/STF). 4. A ocorrência da preclusão consumativa impede o aditamento do recurso especial, porque "é defeso à parte, praticado o ato, com a interposição do recurso, ainda que lhe reste prazo, adicionar elementos ao inconformismo" (AgRg nos EREsp 710.599/SP, Corte Especial, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, DJe de 10/11/08). EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS. (STJ, EDcl nos EDcl no REsp 1159796/PE, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/03/2011, DJe 25/03/2011).

**CONFLITO DE COMPETÊNCIA. FORO DE ELEIÇÃO EM CONTRATO.** Pelo Código de Defesa do Consumidor, o que afasta a eficácia de cláusula pactuada, caracterizando-a como abusiva e tornando-a nula de pleno direito, é a excessividade do ônus que acarreta. Ausente a demonstração da excessividade onerosa ao adquirente de equipamento médico de vultoso valor, capaz de conduzi-lo a desvantagem exagerada, mantida há de ser a cláusula acordada. **Competência do juízo do foro de eleição, ficando prejudicado o agravo, por perda do objeto.** (STJ, CC 40.450/SP, Rel. Ministro CASTRO FILHO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/05/2004, DJ 14/06/2004, p. 155).

**DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE IMAGEM EM SÍTIO ELETRÔNICO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PARA EMPRESA ESPANHOLA. CONTRATO COM CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO NO EXTERIOR.** 1. A evolução dos sistemas relacionados à informática proporciona a internacionalização das relações humanas, relativiza as distâncias geográficas e enseja múltiplas e instantâneas interações entre indivíduos. 2. Entretanto, a intangibilidade e mobilidade das informações armazenadas e transmitidas na rede mundial de computadores, a fugacidade e instantaneidade com que as conexões são estabelecidas e encerradas, a possibilidade de não exposição física do usuário, o alcance global da rede, constituem-se em algumas peculiaridades inerentes a esta nova tecnologia, abrindo ensejo à prática de possíveis condutas indevidas. 3. O caso em julgamento traz à baila a controvertida situação do impacto da internet sobre o direito e as relações jurídico-sociais, em um ambiente até o momento desprovido de regulamentação estatal. A origem da internet, além de seu posterior desenvolvimento, ocorre em um ambiente com características de auto-regulação, pois os padrões e as regras do sistema não emanam, necessariamente, de órgãos estatais, mas de entidades e usuários que assumem o desafio de expandir a rede globalmente. 4. **A questão principal relaciona-se à possibilidade de pessoa física, com domicílio no Brasil, invocar a jurisdição brasileira, em caso envolvendo contrato de prestação de serviço contendo cláusula de foro na Espanha.** A autora, percebendo que sua imagem está sendo utilizada indevidamente por intermédio de sítio eletrônico veiculado no exterior, mas acessível pela rede mundial de computadores, ajuíza ação pleiteando ressarcimento por danos material e moral. 5. Os artigos 100, inciso IV, alíneas "b" e "c" c/c art. 12, incisos VII e VIII, ambos do CPC, devem receber interpretação extensiva, pois quando a legislação menciona a perspectiva de citação de pessoa jurídica estabelecida por meio de agência, filial ou sucursal, está se referindo à existência de estabelecimento de pessoa jurídica estrangeira no Brasil, qualquer que seja o nome e a situação jurídica desse estabelecimento. 6. Aplica-se a teoria da aparência para reconhecer a validade de citação via postal com "aviso de recebimento-AR", efetivada no endereço do estabelecimento e recebida por pessoa que, ainda que sem poderes expressos, assina o documento sem fazer qualquer objeção imediata. Precedentes. 7. **O exercício da jurisdição, função estatal que busca composição de conflitos de interesse, deve observar**

certos princípios, decorrentes da própria organização do Estado moderno, que se constituem em elementos essenciais para a concretude do exercício jurisdicional, sendo que dentre eles avultam: inevitabilidade, investidura, indelegabilidade, inércia, unicidade, inafastabilidade e aderência. No tocante ao princípio da aderência, especificamente, este pressupõe que, para que a jurisdição seja exercida, deve haver correlação com um território. Assim, para as lesões a direitos ocorridos no âmbito do território brasileiro, em linha de princípio, a autoridade judiciária nacional detém competência para processar e julgar o litígio. 8. O Art. 88 do CPC, mitigando o princípio da aderência, cuida das hipóteses de jurisdição concorrente (cumulativa), sendo que a jurisdição do Poder Judiciário Brasileiro não exclui a de outro Estado, competente a justiça brasileira apenas por razões de viabilidade e efetividade da prestação jurisdicional, estas corroboradas pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, que imprime ao Estado a obrigação de solucionar as lides que lhe são apresentadas, com vistas à consecução da paz social. 9. A comunicação global via computadores pulverizou as fronteiras territoriais e criou um novo mecanismo de comunicação humana, porém não subverteu a possibilidade e a credibilidade da aplicação da lei baseada nas fronteiras geográficas, motivo pelo qual a inexistência de legislação internacional que regulamente a jurisdição no ciberespaço abre a possibilidade de admissão da jurisdição do domicílio dos usuários da internet para a análise e processamento de demandas envolvendo eventuais condutas indevidas realizadas no espaço virtual. 10. Com o desenvolvimento da tecnologia, passa a existir um novo conceito de privacidade, sendo o consentimento do interessado o ponto de referência de todo o sistema de tutela da privacidade, direito que toda pessoa tem de dispor com exclusividade sobre as próprias informações, nelas incluindo o direito à imagem. 11. É reiterado o entendimento da preponderância da regra específica do art. 100, inciso V, alínea "a", do CPC sobre as normas genéricas dos arts. 94 e 100, inciso IV, alínea "a" do CPC, permitindo que a ação indenizatória por danos morais e materiais seja promovida no foro do local onde ocorreu o ato ou fato, ainda que a ré seja pessoa jurídica, com sede em outro lugar, pois é na localidade em que reside e trabalha a pessoa prejudicada que o evento negativo terá maior repercussão. Precedentes. 12. **A cláusula de eleição de foro existente em contrato de prestação de serviços no exterior, portanto, não afasta a jurisdição brasileira.** 13. Ademais, a imputação de utilização indevida da imagem da autora é um "posterius" em relação ao contato de prestação de serviço, ou seja, o direito de resguardo à imagem e à intimidade é autônomo em relação ao pacto firmado, não sendo dele decorrente. A ação de indenização movida pela autora não é baseada, portanto, no contrato em si, mas em fotografias e imagens utilizadas pela ré, sem seu consentimento, razão pela qual não há se falar em foro de eleição contratual. 14. Quando a alegada atividade ilícita tiver sido praticada pela internet, independentemente de foro previsto no contrato de prestação de serviço, ainda que no exterior, **é competente a autoridade judiciária brasileira caso acionada para dirimir o conflito, pois aqui tem domicílio a autora e é o local onde houve acesso ao sítio eletrônico onde a informação foi veiculada, interpretando-se como ato praticado no Brasil, aplicando-se à hipótese o disposto no artigo 88, III, do CPC.** 15. Recurso especial a que se nega provimento. (STJ, REsp 1168547/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 11/05/2010, DJe 07/02/2011).

TRANSPORTE MARÍTIMO. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 7/77. AÇÃO RESCISÓRIA. COMPETÊNCIA RESIDUAL DO EXTINTO TRIBUNAL FEDERAL DE RECURSOS. **ELEIÇÃO CONTRATUAL DE FORO ESTRANGEIRO. PREVALÊNCIA DA JURISDIÇÃO BRASILEIRA.**

**APLICAÇÃO DO ART. 88, II, DO CPC E DO PRINCÍPIO DA SUBMISSÃO.**

1. Tratando-se de questão relacionada com contrato de transporte marítimo, continuou competente o extinto Tribunal Federal de Recursos, após a Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977, para o julgamento de ação rescisória visando à desconstituição de seus acórdãos. 2. **Não prevalece o foro contratual eleito pelas partes quando, pela obrigação assumida pela empresa de transporte, o desembarque da mercadoria é feita no Brasil. Aplicação do artigo 88, inciso II, do Código de Processo Civil, bem como do princípio da submissão em razão da anterior aceitação da jurisdição brasileira.** 3. Ação rescisória julgada improcedente pela inocorrência dos pressupostos legais. (STJ, AR .133/RS, Rel. Ministro CLAUDIO SANTOS, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 30/08/1989, DJ 02/10/1989, p. 15345) (grifos nossos).

A cláusula de eleição de foro é o mecanismo contratual pelo qual as partes escolhem livremente qual o juízo que será competente para julgar a lide, se ocorrer um conflito decorrente da relação jurídica contratual. O intuito dos contratantes é utilizar a sua liberdade para suprimir o risco de uma demanda ser julgada por um país que eventualmente não havia sido livremente escolhido pelos interessados.

Contudo, ao analisar os julgados do STF e do STJ anteriormente mencionados, percebe-se que a cláusula da eleição de foro é válida e respeitada pelos Tribunais, mas não vem obtendo êxito em afastar a jurisdição brasileira nos casos em que a jurisdição nacional goza de competência concorrente com a do foro eleito pelas partes.

De modo que ainda não é possível, através da eleição de foro estrangeiro, os contratantes conseguirem restringir a jurisdição nacional nestas hipóteses de competência concorrente. Nota-se que os julgados não determinam que a cláusula de eleição de foro é nula, mas resta claramente ineficaz sua aplicação, conforme se pôde inferir.

### 2.2.2 A ESCOLHA DA LEI APLICÁVEL

A ciência do DIPr tem por tarefa apontar a lei aplicável à solução dos conflitos de leis que surgem no seio da relação privada internacional. Observe-se que o mister do DIPr é indicar a norma que deverá incidir para dirimir a lide, que poderá, ou não, resolver o conflito de leis. O conflito de leis não é o fim do DIPr, porém, ao se identificar a lei aplicável, a solução do problema apresentado tende a ser alcançada, encerrando assim o conflito.

Quando a matéria é contratual, a autonomia da vontade está diretamente relacionada à escolha da lei aplicável. No Brasil, é possível apenas a escolha do foro

onde serão dirimidas as eventuais controvérsias obrigacionais, mas não a escolha da lei aplicável aos contratos, conforme dispõe o *caput* do artigo 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB 2010).

Não obstante sua crescente aceitação no mundo, a autonomia da vontade é consagrada em diversas normativas internacionais, a exemplo nos Princípios do UNIDROIT relativos aos Contratos do Comércio Internacional (1994), nos *Incoterms* 2010, na Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias (1980), na Convenção de Roma (1980), na Convenção Interamericana sobre o Direito aplicável aos Contratos Internacionais (Convenção do México, resultante da CIDIP V, 1994).

A consagração da autonomia da vontade também é observada em legislações de diversos países, por exemplo, no Código Civil português<sup>60</sup>, no paraguaio<sup>61</sup>, no argentino<sup>62</sup> e no francês<sup>63</sup>, todos expressamente admitem, em qualquer contrato internacional, a faculdade das partes de designar o direito aplicável à sua relação contratual.

Na principal norma de DIPr brasileiro – (LINDB 2010), o reconhecimento da autonomia da vontade das partes não consta de forma expressa. Por outro lado, para evitar afirmações taxativas, importa frisar que tal princípio consta claramente na Lei de Arbitragem brasileira de nº 9.307 de 1996 e da Lei nº 9.478 de 1997 (dispõe sobre a regulação das atividades relativas ao monopólio do petróleo), o que leva a

---

<sup>60</sup> **ARTIGO 41º (Obrigações provenientes de negócios jurídicos)** 1. As obrigações provenientes de negócio jurídico, assim como a própria substância dele, são reguladas pela lei que os respectivos sujeitos tiverem designado ou houverem tido em vista. 2. A designação ou referência das partes só pode, todavia, recair sobre lei cuja aplicabilidade corresponda a um interesse sério dos declarantes ou esteja em conexão com algum dos elementos do negócio jurídico atendíveis no domínio do direito internacional privado.

<sup>61</sup> **Art.715.-** *Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma, y deben ser cumplidas de buena fe. Ellas obligan a lo que esté expresado, y a todas las consecuencias virtualmente comprendidas.*

**Art.716.-** *Salvo estipulación contraria, los contratos que tengan por finalidad la creación, modificación, transferencia o extinción de derecho reales sobre cosas presentes determinadas, o cualquier otro derecho perteneciente al enajenante, producirán esos efectos entre las partes desde que el consentimiento se haya manifestado legítimamente.*

<sup>62</sup> **Art. 1.197.** *Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma.*

<sup>63</sup> **Article 1134** (Créé par Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804) - *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être évoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi.*

crer que, tratando-se do princípio da autonomia da vontade na legislação brasileira, existe, no mínimo, um contra-senso: afinal, o País reconhece ou não o princípio?

O princípio da autonomia da vontade na escolha da aplicável aos contratos internacionais, ainda bastante polêmico no Direito brasileiro, não só soluciona o conflito de leis, como é capaz de evitá-lo, é muito preocupante em razão da sua prática já estar bastante consagrada em várias Convenções e Tratados que regulam o comércio internacional.

Quanto mais se desenvolvem as relações humanas em âmbito global, maior a necessidade do País em adotar o princípio da autonomia da vontade como método de escolha da lei aplicável aos contratos internacionais, eis o intuito desta tese.

Acredita-se que reconhecer e assegurar liberdade contratual são o caminho para que as partes possam maximizar o alcance dos interesses da contratação, amparadas pela segurança jurídica conferida pela garantia de que a norma eleita para regular o contrato será observada.

É essa garantia de segurança jurídica que falta à legislação brasileira, em virtude da ausência de clareza do corpo normativo interno em se posicionar pela adoção ou não do princípio da autonomia da vontade como método de escolha da lei aplicável pelas partes.

Em destaque, sobre a problemática da lei aplicável, é importante salientar que a questão no Brasil é muito pouco enfrentada pelos Tribunais superiores, oportuno trazer à colação dois julgados, o primeiro extraído da jurisprudência do STJ<sup>64</sup> e o segundo do STF<sup>65</sup>, a seguir:

---

<sup>64</sup> STJ - SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA : SEC 646 US 2006/0027904-9

Processo: SEC 646 US 2006/0027904-9  
Relator(a): Ministro LUIZ FUX  
Julgamento: 05/11/2008  
Órgão Julgador: CE - CORTE ESPECIAL  
Publicação: DJe 11/12/2008

<sup>65</sup> STF - SENTENÇA ESTRANGEIRA: SE 4023:

Processo: SE 4023  
Relator(a): Min. OSCAR CORREA  
Julgamento: 29/06/1988  
Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO  
Publicação: DJ 26-08-1988 PP-21034 EMENT VOL-01512-01 PP-00145

PROCESSUAL CIVIL. SENTENÇA ESTRANGEIRA. HOMOLOGAÇÃO. CONTRATO FIRMADO POR MÚTUO CONSENTIMENTO. EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE. POSSIBILIDADE. REQUISITOS LEGAIS ATENDIDOS. HOMOLOGAÇÃO DEFERIDA. AUSÊNCIA DE OFENSA À ORDEM PÚBLICA OU À SOBERANIA. INTERVENÇÃO DE TERCEIRO. ASSISTENTE LITISCONSORCIAL. POSSIBILIDADE.

1. (...)

4. **In casu**, a homologação refere-se exatamente à sentença estrangeira, a qual considerou exequível as disposições sobre a responsabilidade limitada e escolha de regência de lei com fundamento em contrato firmado entre as partes litigantes, designado nos autos de "GTA" - **General Terms Agreements (Contratos em termos gerais)**, no qual a VARIG S/A adquiriu da GE, dentre outros bens, um motor de aeronave modelo CF6-80C2B2, com número de série nº 690165.

5. **Deveras eleito o Direito aplicável à espécie em manifestação de vontade livre (GTA) referido *pactum, mutadis mutandis*, faz as vezes de "compromisso" insuperável pela alegação de aplicação em contrato internacional do Código de Defesa do Consumidor - CDC, lei interna, sob o argumento de que apenação inversa investiria contra a ordem pública.**

6. (...)

7. **O Supremo Tribunal Federal já assentou que "o objetivo do pedido de homologação não é conferir eficácia ao contrato em que se baseou a justiça de origem para decidir, mas à sentença dela emanada"**, nos termos da Sec 4948/ EU, de relatoria do Min. Nelson Jobim, julgada pelo Pleno, e publicada no DJ 26-11-1999. Precedentes: SEC 894/UY, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 20/08/2008, DJe 09/10/2008; SEC 1.397/US, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, CORTE ESPECIAL, DJ 03.09.2007.

8. (...)

9. A existência de ação de seguradora em face da requerente da homologação, em nada interfere no presente procedimento à luz dos artigos 89 e 90 do CPC, posto tratar-se de competência concorrente, versada sobre lide obrigacional.

10. O juízo de delibação é meramente formal, sem o denominado *Revision au fond*, sendo certo que o art. 90 do CPC torna a existência de ação posterior no território nacional indiferente para fins de homologação. Precedente desta Corte: SEC 611/US, DJ 11/12/2006.

11. Homologação de sentença estrangeira deferida.

(SEC .646/US, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 05/11/2008, DJe 11/12/2008).

(grifos nossos)

HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA. PREENCHIDOS OS PRESSUSPOSTOS LEGAIS (ARTS. 216 E 217 DO RISTF), DE DEFERIR. HOMOLOGAÇÃO DEFERIDA. (SE 4023, Relator(a): Min. OSCAR CORREA, Tribunal Pleno, julgado em 29/06/1988, DJ 26-08-1988 PP-21034 EMENT VOL-01512-01 PP-00145)

1. (...)

2. (...)

3. Examinamos o cumprimento desses requisitos, singelamente, à vista dos autos e à parte os estudos doutrinários e jurisprudenciais a que se declaram os proficientes patronos das partes e parecer apresentado:

I. Competente o juiz sentenciante, de acordo com a cláusula 10.7 (fls. 41) do “contrato de fechamento” de 6/5/1980, textualmente:

“10.7- Lei Regente. **Este contrato será regido e interpretado de acordo com as leis do Estado de Nova York aplicáveis a contratos feitos e a serem cumpridos inteiramente dentro desse Estado**, salvo assuntos relacionados à validade das medidas tomadas pela CCS no âmbito empresarial, que são regidas pelas leis internas do Estado de Delaware. Este Contrato poderá ter o seu cumprimento exigido perante os tribunais de qualquer jurisdição. -----.”

SE nº 4.023-9- Estados Unidos da América

(grifos nossos).

Não se pode, entretanto, atestar a posição da jurisprudência nacional acerca do reconhecimento ou não da autonomia da vontade das partes na escolha da lei aplicável aos contratos internacionais, tendo em vista que os Tribunais brasileiros ainda não apreciaram tal questão, apenas pode-se afirmar, a partir desses julgados, que o assunto foi abordado de forma incidental, ao homologarem sentenças estrangeiras.

No julgado do STJ garantiu-se o direito de escolha da legislação estrangeira aplicável ao contrato firmado entre a Varig S/A e a GE, em detrimento do Código de Defesa do Consumidor (CDC), lei interna; porque a homologação de sentenças estrangeiras não perpassa pela análise de seu objeto, mas apenas por uma verificação de preenchimento de requisitos formais. A questão do reconhecimento da autonomia das partes foi, mesmo que indiretamente, contemplada neste julgado.

Neste mesmo sentido tem-se a homologação de sentença estrangeira nº 4023 de 1988, em que o STF reconhece a sentença de um Tribunal nova-iorquino sobre um contrato celebrado em Nova York, em que as partes escolheram a lei deste Estado para regerem suas obrigações<sup>66</sup>.

Assim, o referido julgado também não ensejou nenhum estudo diretamente relacionado à questão da validade da cláusula de eleição de lei distinta daquela do

---

<sup>66</sup> O professor Jacob Dolinger ao se posicionar sobre tal julgado, afirma que, nesta hipótese, tanto com base no art. 9º da LINDB, como com fundamento no princípio da autonomia da vontade, a lei aplicada (escolhida pelas partes) respeitou as regras do Direito conflitual brasileiro. DOLINGER, Jacob. *Op. Cit.*, p. 464.

local da contratação. Deste modo, os julgados nacionais não contribuem para o esclarecimento da polêmica sobre o reconhecimento do princípio da autonomia da vontade das partes na escolha da lei aplicável aos contratos, sequer houve posicionamento do STJ ou do STF sobre a sua aceitação pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Visto que nas decisões indicadas, raras oportunidades de apreciação de demandas que envolviam o princípio da autonomia da vontade, os Tribunais brasileiros optaram por tratar de forma indireta o tema, o que faz Dolinger afirmar que não há ainda um posicionamento jurisprudencial pacífico.

No contexto internacional têm se buscado a uniformização e unificação de regras substantivas do Direito Contratual em prol do desenvolvimento juridicamente mais seguro do comércio internacional. A UNCITRAL (Comissão específica para desenvolver o Direito do Comércio Internacional), órgão da Organização das Nações Unidas (ONU), editou, em 17 de dezembro de 1966, a Resolução 2205.

Um dos principais resultados advindos da Comissão da UNCITRAL foi a Convenção sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias, assinada em Viena em 1980, em vigor desde 1988 em 27 países, que além de ressaltar o trabalho desenvolvido pela Instituição é de grande importância para o movimento uniformizador.

Em várias ocasiões, desde a sua primeira sessão, a Comissão considerou e revisou seu programa de trabalho em função das inovações tecnológicas, evolução das práticas comerciais, tendências e desenvolvimentos internacionais, crises econômicas e financeiras e outras forças que afetam o comércio internacional. As propostas para a análise de novas questões podem ser feitas diretamente à Comissão, pelos Estados ou podem resultar de consultas com diversas organizações internacionais, podem surgir de simpósios e seminários ou surgir em conexão com temas que já estejam sendo discutidos em grupos de trabalho.

Por exemplo, a necessidade de se escrever sobre assinaturas eletrônicas foi demonstrada no desenvolvimento da Lei Modelo sobre Comércio Eletrônico. Ao examinar se determinados tópicos devem ser adicionados ao programa, fatores como alcance global, interesse particular para os países em desenvolvimento, inovações tecnológicas e novas tendências de práticas comerciais, são levados em conta. Além disso, importa ressaltar que a UNCITRAL considera primeiro, em seu

trabalho de uniformizar e harmonizar as normas, se o tema em questão é passível de resultar em um texto legal único, objeto de um acordo de harmonização/uniformização.

A Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias foi celebrada em 11 de abril de 1980 pela Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (UNCITRAL), com a intenção de uniformizar as normas sobre a compra e venda internacional de mercadorias a fim de contribuir para a eliminação dos obstáculos jurídicos às trocas internacionais e favorecer o desenvolvimento do comércio internacional.

A Convenção se aplica aos contratos de compra e venda de mercadorias celebrados entre comerciantes que tenham o seu estabelecimento em Estados diferentes, limita-se aos bens móveis corpóreos, e não se aplica às relações de consumo. Da leitura dos artigos 6, 9 e 55 da referida Convenção, percebe-se que há o reconhecimento do princípio da autonomia da vontade das partes na escolha da lei aplicável:

**Artigo 6**

As partes podem excluir a aplicação da presente Convenção ou, sem prejuízo do disposto no artigo 12, derrogar qualquer das suas disposições ou modificar-lhe os efeitos.

**Artigo 9**

(1) As partes estão vinculadas pelos usos em que consentiram e pelas práticas que entre elas se estabeleceram.

(2) Salvo convenção em contrário das partes, entendeu-se que estas consideraram tacitamente aplicáveis ao contrato, ou à sua formação, todo e qualquer uso de que tinham ou devessem ter conhecimento e que, no comércio internacional, seja largamente conhecido e regularmente observado pelas partes nos contratos do mesmo tipo, no ramo comercial considerado.

**Artigo 55**

Se o contrato for validamente concluído sem que o preço das mercadorias vendidas tenha sido fixado no contrato, expressa ou implicitamente, ou sem que exista disposição que permita a sua determinação, considera-se que as partes, salvo indicação em contrário, se referiram tacitamente ao preço habitualmente praticado no momento da conclusão do contrato, para as mesmas mercadorias vendidas em circunstâncias comparáveis, no ramo comercial considerado.

Essa liberdade está claramente visível nos termos do artigo 6 ao prever que as partes podem excluir a aplicação da Convenção ou derrogar qualquer das suas disposições ou modificar os efeitos. Ao mesmo tempo, o art. 6 também limita a

autonomia das partes ao destacar a impossibilidade de modificação do artigo 12, pela vontade dos contratantes.

Conforme mencionado anteriormente, alerta-se para o fato de que os tratados e convenções impõem a primazia das regras uniformes face à autonomia da vontade nas relações contratuais. Verifica-se tal afirmação ao se analisar os limites impostos à autonomia das partes pelo artigo 12 da Convenção de Viena no que se refere à desnecessidade da forma escrita do contrato de compra e venda e aos meios de prova e de extinção do mesmo:

**Artigo 12**

Qualquer disposição dos artigos 11 e 29 ou da segunda parte da presente Convenção que permita uma forma diversa da forma escrita, para a conclusão, modificação ou extinção por acordo de um contrato de compra e venda, ou para qualquer proposta contratual, aceitação ou outra manifestação de intenção, não se aplica desde que uma das partes tenha o seu estabelecimento num Estado contratante que tenha feito uma declaração nos termos do artigo 96 da presente Convenção. As partes não podem derogar o presente artigo nem modificar-lhe os efeitos.

Ou seja, as partes possuem autonomia em muitos aspectos da Convenção, entretanto, há questões sobre as quais prevalece não a vontade das partes contratantes, mas sim o que está previsto na regra uniforme, que pode ser entendida como lei de ordem pública, imperativa, inderrogável pela vontade das partes.

Outrossim, nos artigos 9 e 55, a liberdade das partes não encontra limites, tendo em vista que tais dispositivos prevêm o livre consentimento dos contratantes na estipulação de disposições aplicáveis ao contrato. Observe-se ainda que o parágrafo 3 do artigo 58 da Convenção de Viena de 1980 prevê a predominância da autonomia da vontade das partes quando se convencionou sobre pagamento e entrega de mercadorias:

**Artigo 58**

(1) ...

(2) ...

(3) O comprador não está obrigado a pagar o preço antes de ter tido a possibilidade de examinar as mercadorias, salvo se as modalidades de entrega ou de pagamento em que as partes convieram lhe não deixarem essa possibilidade.

Da análise dos argumentos citados, conclui-se que, na Convenção de Viena de 1980, a vontade das partes prevalece em relação às normas aplicáveis aos

contratos, entretanto, tal liberdade encontra limitações materiais previstas pelo artigo 12, lei imperativa.

Da necessidade de harmonizar as regras contratuais de compra e venda de mercadorias em decorrência do desenvolvimento acelerado do comércio internacional e da miscigenação cada vez maior entre culturas e costumes jurídicos surge a crescente importância da segurança jurídica com relação às normas vigentes nas relações comerciais internacionais. Com maior segurança na contratação internacional haverá o aumento do fluxo das exportações, com mais qualidade e celeridade, dada à transparência e maior confiança dos contratantes na realização do negócio. Além disso, a harmonização e a uniformização de normas que contemplem o princípio da autonomia da vontade das partes na escolha da lei aplicável aos contratos, promove a diminuição dos litígios.

Como se observa, a Convenção de Viena de 1980 é um instrumento eficaz ao contribuir para a segurança jurídica, a estabilidade e a harmonização das relações comerciais internacionais. A unificação das normas substantivas torna desnecessário recorrer ao sistema judicial para solucionar o conflito de leis com o intuito de verificar o Direito aplicável, o que evita que as partes fiquem à mercê de um Direito desconhecido ou menos favorável.

Acrescente-se que existência de regras comuns também fornece um verdadeiro guia que os potenciais contratantes, de diferentes países, podem seguir para verificar, antes da celebração do negócio, as obrigações e os direitos a que estarão sujeitos.

Dessa forma, não é demais ressaltar que o texto da Convenção de Viena de 1980 já foi aprovado pelo Senado Federal brasileiro em 18 de outubro de 2012, através do Decreto Legislativo nº 538, e aguarda ratificação pelo Poder Executivo. A iniciativa do Senado brasileiro demonstra que o País soube aproveitar uma ótima oportunidade de desenvolvimento nacional em prol de uma melhor atuação no comércio internacional de mercadorias.

A partir de pesquisa jurisprudencial feita nos Tribunais brasileiros, Iulia Dolganova e Marcelo Boff Lorenzen<sup>67</sup> verificaram que, de fato, ainda não há ocorrências de aplicação direta, no Brasil, da Convenção de Viena de 1980, que

---

<sup>67</sup> DOLGANOVA, Iulia e LORENZEN, Marcelo Boff. **O Brasil e a adesão à Convenção de Viena de 1980 sobre compra e venda de mercadorias**. Disponível em: <http://www.cisg-brasil.net/doc/idolganova1.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2012.

entrou em vigor em 1º de abril de 2014, não impedia que a mesma fosse utilizada como instrumento auxiliar de interpretação, pois não seria incompatível com a ordem jurídica nacional; tanto que a Lei de Arbitragem brasileira em vigor – Lei nº 9.307, de 1996, já adotava indiretamente a Convenção de Viena de 1980, permitindo às partes contratantes escolher as regras de Direito que seriam aplicadas no procedimento arbitral.

Como sabido, a Lei de Arbitragem brasileira (Lei n.º 9.307/96) consagra, no seu art. 2º, § 1º, a autonomia da vontade das partes, ao conferir-lhes a possibilidade de escolher livremente as regras de direito aplicáveis durante a arbitragem, desde que não haja violação dos bons costumes e da ordem pública. Desse modo, o contratante, uma vez sujeito à Lei 9.307/96, poderá decidir pela aplicação da Convenção de Viena de 1980 ao submeter eventual disputa à arbitragem, alerta Hebert Schutz<sup>68</sup>.

A importância da adoção da citada Convenção foi defendida pela doutrina, assim os juristas Iulia Dolganova e Marcelo Boff Lorenzen<sup>69</sup> entendiam que:

Do ponto de vista econômico, são marcantes a presença do Brasil no comércio internacional e a sua concomitante ausência relativamente a uma Convenção que regula a compra e venda no mundo. Como já se demonstrou, dos 20 maiores parceiros comerciais do Brasil em importações ou exportações, a maioria já ratificou a Convenção de Viena ou a ela aderiu. Há, além disso, uma importância crescente e renovada do Brasil no âmbito do comércio internacional e uma tendência de o número de partes contratantes da Convenção de Viena aumentar nos próximos anos, como já vem ocorrendo. Hoje os Estados contratantes respondem por três quartos do comércio mundial, cifra que deverá aumentar ainda mais. Deve-se levar também em consideração o papel de liderança local que o Brasil exerce, tanto no âmbito do MERCOSUL quanto da América do Sul.

A Europa, no seu processo de integração econômica e no ensejo de levar adiante o antigo objetivo de unificar o DIPr dos países que compunham a então União Européia, em 1973, elaborou uma proposta, originalmente concebida pela Bélgica, Países Baixos e Luxemburgo, para substituir as regras de conflitos próprias de cada Estado-Membro por regras uniformes, que regulariam tanto as relações intercomunitárias quanto entre os Estados-Membros e países não membros<sup>70</sup>.

---

<sup>68</sup> SCHUTZ, Hebert Mendes de Araújo. **Da necessidade de adesão do Brasil à convenção da ONU sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias.** Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/19834/da-necessidade-de-adesao-do-brasil-a-convencao-da-onu-sobre-contratos-de-compra-e-venda-internacional-de-mercadorias/1>. Acesso em: 14 jul. 2012.

<sup>69</sup> DOLGANOVA, Iulia e LORENZEN, Marcelo Boff. *Op. Cit.*

<sup>70</sup> CÁRNIO, Thaís Cíntia. *Op. Cit.*, p. 42.

A elaboração do texto iniciou-se após o ingresso do Reino Unido, Dinamarca e Irlanda na Comunidade Européia e foi assinado em 19 de junho de 1980, em Roma, pelos seguintes países: Alemanha, Bélgica, França, Irlanda, Luxemburgo, e Países Baixos. É a Convenção de Roma sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais<sup>71</sup>, que entrou em vigor em 1º de abril de 1991. Suas regras limitam-se às obrigações contratuais que comportam um conflito de leis, conforme previsão do artigo 1º da Convenção:

#### **TÍTULO I - ÂMBITO DE APLICAÇÃO**

##### **Artigo 1º**

Âmbito de aplicação

1. O disposto na presente Convenção é aplicável às obrigações contratuais nas situações que impliquem um conflito de leis.

Destaca Nadia de Araujo<sup>72</sup> que a Convenção de Roma de 1980<sup>73</sup> estabeleceu três formas de escolha da lei aplicável: a) o princípio da livre autonomia da vontade; b) o princípio da autonomia da vontade limitada; e c) o princípio da proximidade ou dos vínculos mais estreitos.

Quanto ao princípio da livre autonomia da vontade (**a**), as partes de um contrato têm ampla liberdade para escolher o Direito aplicável à totalidade ou mesmo a uma parte do contrato (*depeçage*<sup>74</sup>), e o tribunal competente (escolha do foro), em caso de litígio. As partes signatárias poderão até mesmo alterar a lei aplicável ao contrato; esta é a previsão dos artigos 3º e 4º da Convenção:

#### **TÍTULO II REGRAS UNIFORMES**

##### **Artigo 3º**

Liberdade de escolha

1. O contrato rege-se pela lei escolhida pelas partes. Esta escolha deve ser expressa ou resultar de modo inequívoco das disposições do contrato ou das circunstâncias da causa. Mediante esta escolha, as partes podem designar a lei aplicável à totalidade ou apenas a uma parte do contrato.

2. Em qualquer momento, as partes podem acordar em sujeitar o contrato a uma lei diferente da que anteriormente o regulava, quer por força de uma escolha anterior nos termos do presente artigo, quer por força de outras disposições da presente Convenção. Qualquer modificação, quanto à determinação da lei aplicável, ocorrida posteriormente à celebração do

<sup>71</sup> **Convenção sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Convenção de Roma de 1980).** Disponível em: <www.europa.eu>. Acesso em: 14 jul. 2012.

<sup>72</sup> ARAUJO, Nadia de. *Op. Cit.*, 2006. p.55/56.

<sup>73</sup> É de destacar que causa espécie que a Convenção de Roma de 1980 admita a sua não aplicabilidade (*art. 7º, 2. O disposto na presente Convenção não pode prejudicar a aplicação das regras do país do foro que regulem imperativamente o caso concreto, independentemente da lei aplicável ao contrato*).

<sup>74</sup> *Depeçage*: fracionamento do contrato para fins de escolha da lei aplicável no tocante a cada parte.

contrato, não afeta a validade formal do contrato, na acepção do disposto no artigo 9º, nem prejudica os direitos de terceiros.

3. A escolha pelas partes de uma lei estrangeira, acompanhada ou não da escolha de um tribunal estrangeiro, não pode, sempre que todos os outros elementos da situação se localizem num único país no momento dessa escolha, prejudicar a aplicação das disposições não derogáveis por acordo, nos termos da lei desse país, e que a seguir se denominam por «disposições imperativas».

4. A existência e a validade do consentimento das partes, quanto à escolha da lei aplicável, são reguladas pelo disposto nos artigos 8º, 9º e 11º.

#### **Artigo 4º**

Lei aplicável na falta de escolha

1. Na medida em que a lei aplicável ao contrato não tenha sido escolhida nos termos do artigo 3º, o contrato é regulado pela lei do país com o qual apresente uma conexão mais estreita. Todavia, se uma parte do contrato for separável do resto do contrato e apresentar uma conexão mais estreita com um outro país, a essa parte poderá aplicar-se, a título excepcional, a lei desse outro país.

2. Sem prejuízo do disposto no nº 5, presume-se que o contrato apresenta uma conexão mais estreita com o país onde a parte que está obrigada a fornecer a prestação característica do contrato tem, no momento da celebração do contrato, a sua residência habitual ou, se se tratar de uma sociedade, associação ou pessoa coletiva, a sua administração central. Todavia, se o contrato for celebrado no exercício da atividade econômica ou profissional dessa parte, o país a considerar será aquele em que se situa o seu estabelecimento principal ou, se, nos termos do contrato, a prestação deve ser fornecida por estabelecimento diverso do estabelecimento principal, o da situação desse estabelecimento.

3. Quando o contrato tiver por objeto um direito real sobre bem imóvel, ou um direito de uso de um bem imóvel, presume-se, em derrogação do disposto no nº 2, que o contrato apresenta uma conexão mais estreita com o país onde o imóvel se situa.

4. A presunção do nº 2 não é admitida quanto ao contrato de transporte de mercadorias. Presume-se que este contrato apresenta uma conexão mais estreita com o país em que, no momento da celebração do contrato, o transportador tem o seu estabelecimento principal, se o referido país coincidir com aquele em que se situa o lugar da carga ou da descarga ou do estabelecimento principal do expedidor. Para efeitos de aplicação do presente nº, são considerados como contratos de transporte de mercadorias os contratos de fretamento relativos a uma única viagem ou outros contratos que tenham por objeto principal o transporte de mercadorias.

5. O disposto no nº 2 não se aplica se a prestação característica não for determinável. As presunções dos nºs 2, 3 e 4 não serão admitidas sempre que resulte do conjunto das circunstâncias que o contrato apresenta uma conexão mais estreita com outro país.

A lei escolhida, segundo previsão do artigo 3º, regerà a interpretação do contrato, o cumprimento das obrigações nele estipuladas, as consequências do seu descumprimento total ou parcial, as causas de extinção e invalidade do contrato, além da prescrição e caducidade.

O artigo 4º da Convenção de Roma de 1980, a consagra o princípio da autonomia da vontade, mesmo que implícito, inferida pela intenção demonstrada no

corpo do contrato. O dispositivo deixa claro que a escolha precisa ser entre leis, ou seja, dentro do sistema jurídico estatal, o que impossibilita a utilização da *lex mercatoria*, dos princípios sobre contratos comerciais internacionais<sup>75</sup>.

Também a Convenção de Roma de 1980 cuida da autonomia da vontade, mas de forma limitada **(b)**. Consagra oportunidades de sua limitação relativamente a direitos como os do consumidor e trabalhista, bem como o princípio da proteção da parte mais fraca, sem sacrificar o princípio da autonomia da vontade das partes na escolha da lei aplicável, apenas restringindo-o. É o que se verifica no texto do artigo 5º, §2:

#### **Artigo 5º**

Contratos celebrados por consumidores

1. O presente artigo aplica-se aos contratos que tenham por objeto o fornecimento de bens móveis corpóreos ou de serviços a uma pessoa, o consumidor, para uma finalidade que pode considerar-se estranha à sua atividade profissional, bem como aos contratos destinados ao financiamento desse fornecimento.

**2. Não obstante o disposto no artigo 3º, a escolha pelas partes da lei aplicável não pode ter como consequência privar o consumidor da proteção que lhe garantem as disposições imperativas da lei do país em que tenha a sua residência habitual:**

- se a celebração do contrato tiver sido precedida, nesse país, de uma proposta que lhe foi especialmente dirigida ou de anúncio publicitário e se o consumidor tiver executado nesse país todos os atos necessários à celebração do contrato ou

- se a outra parte ou o respectivo representante tiver recebido o pedido do consumidor nesse país ou

- se o contrato consistir numa venda de mercadorias e o consumidor se tiver deslocado desse país a um outro país e aí tiver feito o pedido, desde que a viagem tenha sido organizada pelo vendedor com o objetivo de incitar o consumidor a comprar.

**3. Não obstante o disposto no artigo 4º e na falta de escolha feita nos termos do artigo 3º, esses contratos serão regulados pela lei do país em que o consumidor tiver a sua residência habitual, se se verificarem as circunstâncias referidas no nº 2 do presente artigo.**

4. O presente artigo, não se aplica:

a) Ao contrato de transporte;

b) Ao contrato de prestação de serviços quando os serviços devidos ao consumidor devam ser prestados exclusivamente num país diferente daquele em que este tem a sua residência habitual.

5. Em derrogação do disposto no nº 4, o presente artigo aplica-se ao contrato que estabeleça, por um preço global, prestações combinadas de transporte e de alojamento (grifos nossos)

Observa-se, na ausência de manifestação da autonomia da vontade que os contratos de consumo regem-se pela lei do país no qual o consumidor tem a sua residência habitual, de qualquer sorte, ocorrendo ou não a escolha, a lei escolhida

<sup>75</sup> Propostos pelas leis-modelo da UNIDROIT e pela UNCITRAL.

não pode colocar em desvantagem o consumidor e nem privá-lo da proteção assegurada pela lei do seu país de residência, se esta lhe for mais favorável.

Estas regras, entretanto, não se aplicam aos contratos de transporte e nem aos contratos de fornecimento de serviços num país que não seja o da residência habitual do consumidor<sup>76</sup>.

Quanto ao contrato individual de trabalho, verificam-se presentes limitações ao exercício da autonomia da vontade das partes na escolha da lei aplicável, uma vez que a redação do artigo 6º da Convenção de Roma de 1980 restringe a três as opções de escolha da lei aplicável, conforme se verifica a seguir:

#### **Artigo 6º**

Contrato individual de trabalho

1. Sem prejuízo do disposto no artigo 3º, a escolha pelas partes da lei aplicável ao contrato de trabalho, não pode ter como consequência privar o trabalhador da proteção que lhe garantem as disposições imperativas da lei que seria aplicável, na falta de escolha, por força do nº 2 do presente artigo.

2. Não obstante o disposto no artigo 4º e na falta de escolha feita nos termos do artigo 3º, o contrato de trabalho é regulado:

- a) **Pela lei do país em que o trabalhador, no cumprimento do contrato, presta habitualmente o seu trabalho**, mesmo que tenha sido destacado temporariamente para outro país, ou
- b) Se o trabalhador não prestar habitualmente o seu trabalho no mesmo país, pela **lei do país em que esteja situado o estabelecimento que contratou o trabalhador**, a não ser que resulte do conjunto das circunstâncias que **o contrato de trabalho apresenta uma conexão mais estreita com um outro país, sendo em tal caso aplicável a lei desse outro país** (grifos nossos).

Extrai-se ainda da interpretação do artigo 4º da Convenção de Roma de 1980 que, se as partes não tiverem escolhido expressamente o Direito aplicável, o contrato é regulado pela lei do país com o qual ele apresente uma conexão mais estreita, segundo o princípio da proximidade<sup>77</sup> **(c)** (exemplo: local da residência habitual ou da administração central do prestador, local do estabelecimento principal ou outro local de estabelecimento da parte que assegura a prestação, etc.). Todavia, em dois casos aplicam-se regras específicas<sup>78</sup>:

<sup>76</sup> *Idem.*

<sup>77</sup> O Princípio da Proximidade, resultado da modernização do Direito Internacional Privado suíço, é a “cláusula de exceção” que exclui o direito indicado pela regra de conexão, caso haja outro sistema jurídico que seja mais próximo à situação sob julgamento. Trata-se da ideia de encontrar um direito que seja mais ligado às partes ou à questão, mais íntimo, mais estreito, mais vinculado, resultando em maior proximidade. *In*: DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado**: o princípio da proximidade e o futuro da humanidade. Revista Brasileira de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 2004, v. 235, p. 139-149.

<sup>78</sup> Convenção sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Convenção de Roma de 1980). *Op. Cit.*

- Se o contrato for relativo a um bem imóvel, a lei aplicável supletivamente é a do país ou do local onde se situa o imóvel (art. 4º, §3).
- Relativamente ao transporte de mercadorias, a lei será determinada de acordo com o local da carga ou descarga ou do estabelecimento principal do expedidor (art. 4º, §4).

A existência e a validade do consentimento das partes, quanto à escolha da lei aplicável, são reguladas pelo disposto nos artigos 8º, 9º e 11º, da Convenção de Roma de 1980:

### **Artigo 8º**

Existência e validade substancial

1. A existência e a validade do contrato ou de uma disposição deste, estão sujeitas à lei que seria aplicável, por força da presente Convenção, se o contrato ou a disposição fossem válidos.
2. Todavia, um contraente, para demonstrar que não deu o seu acordo, pode invocar a lei do país em que tenha a sua residência habitual, se resultar das circunstâncias que não seria razoável que o valor do comportamento desse contraente, fosse determinado pela lei prevista no nº anterior.

### **Artigo 9º**

Requisitos de forma

1. Um contrato celebrado entre pessoas que se encontram no mesmo país é formalmente válido quanto à forma, desde que preencha os requisitos de forma prescritos pela lei reguladora da substância, aplicável por força da presente Convenção ou da lei do país em que foi celebrado.
2. Um contrato celebrado entre pessoas que se encontram em países diferentes é formalmente válido, desde que preencha os requisitos de forma prescritos pela lei reguladora da substância, aplicável por força da presente Convenção ou da lei de um desses países.
3. Quando o contrato é celebrado por um representante, o país a tomar em consideração para efeitos de aplicação dos nºs 1 e 2, é o país em que os poderes representativos são exercidos.
4. Um ato jurídico unilateral relativo a um contrato celebrado ou a celebrar é formalmente válido, desde que preencha os requisitos de forma prescritos pela lei que regular a substância do contrato, aplicável por força da presente Convenção ou da lei do país em que esse ato é praticado.
5. O disposto nos nºs anteriores não se aplica aos contratos que caem no âmbito de aplicação do artigo 5º, celebrados nas circunstâncias enunciadas no nº 2 desse artigo. A forma desses contratos é regulada pela lei do país em que o consumidor tem a sua residência habitual.
6. Sem prejuízo do disposto nos nºs 1 a 4, qualquer contrato que tenha por objeto um direito real sobre um imóvel ou um direito de uso de um imóvel está sujeito, quanto à forma, às disposições imperativas da lei do país em que o imóvel está situado, desde que, nos termos desta lei, essas regras se apliquem independentemente do lugar de celebração e da lei reguladora da substância do contrato.

### **Artigo 11º**

Incapacidade

Num contrato celebrado entre pessoas que se encontram no mesmo país, uma pessoa singular considerado capaz segundo a lei desse país só pode invocar a sua incapacidade que resulte de uma outra lei se, no momento da

celebração do contrato, o outro contraente tinha conhecimento dessa incapacidade ou a desconhecia por imprudência da sua parte.

Segundo Nadia de Araujo, a Convenção de Roma de 1980 elegeu o Princípio da Proximidade, ou dos vínculos mais estreitos, para quando as partes não tiverem efetuado a escolha da lei aplicável, como visto. Entretanto, considera a conexão mais estreita um princípio de difícil aplicação, pelo que a Convenção adotou algumas presunções com base na teoria da prestação característica. Explica que, de acordo com essa teoria, o contrato será conectado com a lei do país no qual deverá ser prestada a parcela da obrigação que o identifica<sup>79</sup>.

Mais uma vez, visualiza-se a limitação ao princípio da autonomia da vontade das partes na escolha da lei aplicável: se a lei escolhida pelos interessados for diversa, esta não prosperará; o mesmo se incidir em detrimento da proteção ao trabalhador. Quando se trata de contrato de trabalho, as opções dos contratantes já estão predefinidas, de modo que a escolha deve ser feita de acordo com a permissão da Convenção entre:

- A lei do país onde o trabalhador presta normalmente o seu trabalho (art. 6º, §2, a), ou
- A lei do país onde se encontra o estabelecimento que contratou o trabalhador (art. 6º, §2, b-I), ou
- A lei do país com o qual o contrato de trabalho apresente uma conexão mais estreita (art. 6º, §2, b-II).

A Convenção de Roma de 1980 disciplina o exercício da liberdade de escolha das partes, quando estipula:

**Artigo 10º**

Âmbito de aplicação da lei do contrato

1. A lei aplicável ao contrato por força dos artigos 3º a 6º e do artigo 12º da presente convenção, regula, nomeadamente:

- a) A sua interpretação;
- b) O cumprimento das obrigações dele decorrentes;
- c) Nos limites dos poderes atribuídos ao tribunal pela respectiva lei do processo, as consequências do descumprimento total ou parcial dessas obrigações, incluindo a avaliação do dano, na medida em que esta seja regulada pela lei;
- d) As diversas causas de extinção das obrigações, bem como a prescrição e a caducidade fundadas no decurso de um prazo;
- e) As consequências da invalidade do contrato.

2. Quanto aos modos de cumprimento e às medidas que o credor deve tomar no caso de cumprimento defeituoso, atender-se-á à lei do país onde é cumprida a obrigação.

---

<sup>79</sup> ARAUJO, Nadia de. *Op. Cit.*, 2006. p.56.

Representa um passo importante na modificação do Direito conflitual obrigacional dos países signatários, uma vez que, além de norma imposta a esses Estados, a Convenção de Roma de 1980 também subsidiou a criação de leis internas de outros países e influenciou a Convenção do México de 1994, que utilizou muitas de suas regras como modelo, o que se verificará adiante.

A América Latina se apresentou pioneira no trato dos contratos internacionais. Do rol de atos normativos internacionais listados por Eugênia Barza<sup>80</sup>, ao estudar o comércio internacional à luz da integração latino-americana, destacam-se, sob a influência do pan-americanismo, os Congressos de Lima (1847-1848 e 1864-1865), os Tratados de Montevideu (1889) e suas modernizações (1939-1940) e o Código de Direito Internacional Privado, mais conhecido como Código de Bustamante, aprovado em 1928, que antecederam as convenções das Conferências Interamericanas de Direito Internacional Privado – CIDIPs, estas últimas preocupadas em aproximar a *common law* da *civil law*.

A CIDIP IV, foi realizada em 1989, em Montevideu. Destacou-se pela adoção de três Convenções sobre restituição internacional de menores, alimentos e transporte internacional de mercadorias, além de recomendar a CIDIP V para a continuação dos trabalhos, em especial na área de contratos internacionais.

A Convenção Interamericana sobre Direito aplicável aos Contratos (CIDIP V) aconteceu em 1994, na Cidade do México, e caracterizou-se pela aprovação de duas Convenções: uma sobre contratação internacional e outra sobre os aspectos civis e penais do tráfico de menores. A CIDIP V que tratou especificamente sobre contratos internacionais, inspirada na Convenção de Roma de 1980, consagrou a autonomia da vontade. Destaca Nadia Araujo<sup>81</sup> que, quando da CIDIP V, valeu-se esta das discussões que deram origem à CIDIP IV quanto à autonomia da vontade nos contratos internacionais.

A CIDIP VI realizou-se em 2002, em Washington D.C., e trouxe uma grande inovação ao aprovar leis-modelo e não mais Convenções sobre normas de conflito.

Quanto ao tema da autonomia da vontade, não havia unanimidade entre os países das Américas, mas a maioria se posicionou de forma favorável à essa

---

<sup>80</sup> BARZA, Eugênia Cristina Nilsen Ribeiro. **O comércio internacional frente às exigências da nova ordem internacional**: uma abordagem do processo de integração latino-americana segundo o direito internacional. Tese de Doutorado. Recife: tese de Doutorado/ UFPE, versão do autor, 1999, p. 95/96.

<sup>81</sup> ARAUJO, Nadia de. *Op. Cit.*, 2006. p.180/181.

liberdade, inclusive com a sugestão de acompanhar a evolução da matéria em âmbito internacional. Assim, recomendou-se na CIDIP IV a ratificação da UNCITRAL e dos princípios do UNIDROIT relativos aos contratos internacionais.

A consagração da autonomia da vontade das partes na escolha da lei aplicável como princípio básico dos contratos internacionais, na CIDIP IV, representou uma modificação expressiva em relação às doutrinas prevalentes no Brasil e na maioria dos países da América Latina, tendo em vista que a lei de regência do contrato não era escolhida pela vontade das partes: no Brasil, sempre foi a norma do local da constituição do contrato que o regia; e, na Argentina, Paraguai e Uruguai, o contrato era regido pela lei do local da execução.

Assim, a CIDIP IV finalizou seus trabalhos atuando como uma verdadeira base preparatória para o aprofundamento da matéria relativa a contratos internacionais através da CIDIP V. Em seu relatório final, constata-se a aceitação da autonomia da vontade na CIDIP IV com as seguintes limitações, destacou Nadia de Araujo<sup>82</sup>:

- 1º) a autonomia da vontade deveria ser aplicada apenas àqueles contratos considerados internacionais, devendo a internacionalidade ser determinada por elementos objetivos, sem interferência das partes;
- 2º) a lei escolhida não seria aplicável se manifestamente contrária à ordem pública do foro;
- 3º) a lei escolhida poderia alcançar a totalidade do contrato ou parte dele;
- 4º) a escolha poderia dar-se a qualquer tempo, desde que resguardados os direitos de terceiros, e deveria ser expressa, ou demonstrar-se ser esta escolha inequívoca da análise da conduta das partes;

Em 1990, a Comissão Jurídica Interamericana iniciou os estudos rumo à CIDIP V, tendo em vista que, naquela época, apesar das tendências de abertura, integração e uma maior interdependência comercial e econômica, a maioria das legislações internas havia permanecido estática quanto à regulação dos contratos internacionais, mesmo já existindo a UNCITRAL e o UNIDROIT.

A Convenção do México<sup>83</sup>, de 1994 (CIDIP V) representou um importante documento uniformizador do DIPr, quanto aos contratos internacionais, conceituando-os:

#### **Artigo 1**

Esta Convenção determina o Direito aplicável aos contratos internacionais.

---

<sup>82</sup> *Ibidem*, p.182.

<sup>83</sup> Departamento de Derecho Internacional. OEA. CIDIP V. Disponível em: <[www.oas.org](http://www.oas.org)>. Acesso em: 18 jul. 2012.

Entende-se que um contrato é internacional se as partes do mesmo tiverem sua residência habitual ou seu estabelecimento em Estados parte diferentes, ou se o contrato tiver contatos objetivos com mais de um Estado Parte.

Esta Convenção se aplicará a contratos celebrados ou em que sejam parte Estados, entidades ou organismos estatais, a menos que as partes no contrato a excluam expressamente.

Contudo, qualquer Estado Parte poderá declarar no momento de firmar, ratificar ou aderir a esta Convenção que ela não se aplicará a todos ou a alguma categoria de contratos nos quais o Estado ou as entidades ou organismos estatais sejam parte.

Qualquer Estado Parte poderá, no momento de firmar, ratificar ou aderir à presente Convenção, declarar a que classe de contratos não se aplicará a mesma<sup>84</sup>.

O contrato internacional foi definido como aquele em que as partes contratantes possuem residência habitual ou estabelecimento comercial localizado em Estados-partes distintos ou quando o contrato tiver vinculação com mais de um Estado-parte. Dois critérios de definição foram utilizados: o geográfico e o de proximidade. O primeiro é territorial, ou seja, quando a residência ou o estabelecimento das partes se situar em países-membros diversos. Já o segundo, se refere ao contrato quando esse tiver pontos de contato objetivos com mais de um Estado-parte, algo muito comum nos contratos celebrados via internet<sup>85</sup>.

Quando na elaboração da Convenção do México, em 1994, a adoção da autonomia da vontade já era uma necessidade imperativa manifestada pela maioria dos países integrantes da CIDIP V. Tendo em vista as discussões antecedentes sobre matéria, esperava-se que o assunto fosse pacificamente tratado nesta Convenção, mas pelo contrário, foi objeto de intensas controvérsias na América Latina, que contava com 17 países presentes, além dos Estados Unidos e Canadá.

No que concerne à lei aplicável, a CIDIP V contemplou a autonomia da vontade como regra geral, nos termos dos seus artigos 7 a 9, quase na mesma

---

<sup>84</sup> Tradução livre da autora. Texto original em espanhol: **Artículo 1-** *Esta Convención determina el derecho aplicable a los contratos internacionales. Se entenderá que un contrato es internacional si las partes del mismo tienen su residencia habitual o su establecimiento en Estados parte diferentes, o si el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado Parte. Esta Convención se aplicará a contratos celebrados o en que sean parte Estados, entidades u organismos estatales, a menos que las partes en el contrato la excluyan expresamente. Sin embargo, cualquier Estado Parte podrá declarar en el momento de firmar, ratificar o adherir a esta Convención que ella no se aplicará a todos o a alguna categoría de contratos en los cuales el Estado o las entidades u organismos estatales sean parte. Cualquier Estado Parte podrá, al momento de firmar, ratificar o adherir a la presente Convención, declarar a qué clase de contratos no se aplicará la misma.*

<sup>85</sup> OLIVEIRA, Mateus Soares de Oliveira; SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Autonomia da vontade nos contratos internacionais:** a LICC, a Convenção do México e a Constituição Federal Brasileira. Disponível em: <http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/view/574/491>. Acesso em: 19 jul. 2012.

forma estabelecida pela Convenção de Roma de 1980, acolhendo-se, inclusive, o *dépeçage* voluntário, ou seja, a escolha pelos contratantes de uma lei para cada parte do contrato independentemente de possuir vínculo com ele, a possibilidade de sua modificação posterior e a admissão da escolha tácita, desde que seja possível depreender qual teria sido a vontade das partes, a partir da sua conduta e das cláusulas contratuais, consideradas em seu conjunto:

## **CAPÍTULO SEGUNDO**

### **Determinação do Direito aplicável**

#### **Artigo 7**

O contrato é regido pelo direito escolhido pelas partes. O acordo das partes sobre esta escolha deve ser expresso ou, no caso de ausência de acordo expresso, deve depreender-se de forma evidente a partir da conduta das partes e das cláusulas contratuais, consideradas em seu conjunto. Tal escolha poderá referir-se à totalidade do contrato ou à uma parte do mesmo.

A eleição de um determinado foro pelas partes não compõe necessariamente a escolha do Direito aplicável<sup>86</sup>.

#### **Artigo 8**

Em qualquer momento, as partes poderão acordar a submissão do contrato no todo ou em parte a um direito distinto daquele pelo qual era regido anteriormente, tenha sido ou não este escolhido pelas partes. Contudo, tal modificação não afetará a validade formal do contrato original nem os direitos de terceiros.

#### **Artigo 9**

Se as partes não tiverem escolhido o Direito aplicável, ou se sua escolha resultou ineficaz, o contrato será regido pelo Direito do Estado com o qual ele possua vínculos mais estreitos.

O tribunal levará em consideração os elementos objetivos e subjetivos que se depreendem do contrato para determinar o Direito do Estado com o qual possui vínculos mais estreitos. Também levará em consideração os princípios gerais do Direito Comercial Internacional aceitos por organismos internacionais.

Não obstante, se uma parte do contrato for separável do restante do contrato e tiver uma conexão mais estreita com outro Estado, poderá ser

---

<sup>86</sup> Tradução livre da autora. Texto original em espanhol: **CAPÍTULO SEGUNDO - Determinación del derecho aplicable - Artículo 7** - *El contrato se rige por el derecho elegido por las partes. El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto. Dicha elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo. La selección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección del derecho aplicable. Artículo 8* - *En cualquier momento, las partes podrán acordar que el contrato quede sometido en todo o en parte a un derecho distinto de aquel por el que se regía anteriormente, haya sido o no éste elegido por las partes. Sin embargo, dicha modificación no afectará la validez formal del contrato original ni los derechos de terceros. Artículo 9* - *Si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos. El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos. También tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales. No obstante, si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y tuviese una conexión más estrecha con otro Estado, podrá aplicarse, a título excepcional, la ley de este otro Estado a esta parte del contrato.*

aplicada, em caráter excepcional, a lei deste outro Estado a esta parte do contrato.

Do artigo 7 antecedente, infere-se que a escolha do foro não significa a escolha da lei, a eleição do foro pelas partes não implica necessariamente a escolha do Direito aplicável, dessa forma, a eleição do foro não se trata de uma modalidade de escolha tácita da lei aplicável, resta clara essa distinção no referido dispositivo.

Não há escolha tácita prevista para a hipótese de ausência de manifestação, quando a eleição da lei aplicável não tiver sido exercida pelas partes contratantes, a norma de conexão adotada para suprir a carência da manifestação da vontade é a dos vínculos mais estreitos, o que exige do juiz a análise dos elementos objetivos e subjetivos do contrato para identificar esses vínculos. O critério dos vínculos mais estreitos, originário do Direito americano, foi consagrado na Convenção de Roma de 1980 e se trata de norma flexível, utilizada pela primeira vez em uma Convenção interamericana, relembra Nadia Araujo<sup>87</sup>.

Note-se que, na Convenção do México de 1994, buscou-se enfatizar que a mudança da lei aplicável pelo instituto do *dépeçage* não afeta a validade formal do contrato original nem os direitos de terceiros. Ressalte-se ainda a permissão de aplicação de normas, costumes e princípios do Direito Comercial Internacional, permitiu a utilização do UNIDROIT. Como bem acrescenta o final do artigo 10, a finalidade desta permissão é assegurar as exigências impostas pela justiça e a equidade na solução do caso concreto<sup>88</sup>:

#### **Artigo 10**

Além do disposto nos artigos anteriores, se aplicarão, quando cabíveis, as normas, os costumes e os princípios do Direito Comercial Internacional, assim como os usos e práticas comerciais de aceitação geral com a finalidade de realizar as exigências impostas pela justiça e a equidade na solução do caso concreto<sup>89</sup>.

---

<sup>87</sup> ARAUJO, Nadia de. *Op. Cit.*, 2004, p.196.

<sup>88</sup> SILVA, Ludmila de Paula Castro; e PAIVA, Heloísa Assis de. **Princípio da autonomia da vontade nos contratos internacionais e sua aplicação nos países membros da União Européia e MERCOSUL**. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br>. Acesso em: 08 Jul. 2012.

<sup>89</sup> Tradução livre da autora. Texto original em espanhol: **Artículo 10** - *Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto.*

Limitadora que sempre foi da autonomia da vontade, a ordem pública, ou melhor, a violação desta, conforme previsão do artigo 18 da Convenção do México de 1994, é a única causa de exclusão do Direito designado neste Documento:

**Artigo 18**

O Direito designado por esta Convenção só poderá ser afastado quando for manifestamente contrário à ordem pública do foro<sup>90</sup>.

Esta última disposição tem a finalidade de proteger a ordem interna do lugar do foro, conservando a independência e a autonomia de sua legislação. As normas imperativas do Direito interno serão aplicadas, mas não impedem, necessariamente, a aplicação da lei designada pelas partes, de acordo com as normas dos artigos 7 a 9 dos Princípios do UNIDROIT, a não ser que sejam conflitantes com as normas imperativas do foro.

A repercussão da Convenção do México de 1994 no Brasil é expressiva no Projeto de Lei nº 4.905/95, de autoria dos professores João Grandino Rodas, Jacob Dolinger, Rubens Limongi França e Inocêncio Mártires Coelho. O Projeto contemplou a teoria da autonomia da vontade; e, como norma subsidiária à falta de escolha pelas partes, adotou a regra de conexão dos vínculos mais estreitos. A iniciativa legal representou um grande amadurecimento da posição do Brasil com relação ao tema, mas o Poder Executivo brasileiro determinou a retirada do Projeto do Congresso Nacional tendo em vista sua incompatibilidade com a LICC (atual LINDB)<sup>91</sup>.

Dessa maneira, sugere-se que o Brasil deve atuar no sentido de alterar o artigo 9º da LINDB<sup>92</sup>, de modo que a legislação nacional não permaneça como empecilho aos contratos internacionais, tal como a solução adotada pela Itália, quando da reforma do seu DIPr, a partir da ratificação da Convenção de Roma de 1980, atribuindo nova redação ao artigo 57 do Código Civil italiano:

---

<sup>90</sup> Tradução livre da autora. Texto original em espanhol: **Artículo 18- El derecho designado por esta Convención sólo podrá ser excluido cuando sea manifestamente contrario al orden público del foro.**

<sup>91</sup> ARAUJO, Nadia de. *Op. Cit.*, 2004. p.198/199.

<sup>92</sup> Redação atual do art. 9º da LINDB: LINDB-Art. 9º Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem. § 1o Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato. § 2o A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.

**Artigo 57**

As obrigações contratuais são reguladas pela Convenção sobre a lei aplicável aos contratos internacionais, assinada em Roma, em 1980, sem prejuízo de outras convenções internacionais se aplicáveis<sup>93</sup>.

Neste intento, registra-se importante a reescritura do polêmico dispositivo legal brasileiro (art. 9º da LINDB). Bem como a ratificação dos termos da Convenção do México de 1994, em prol do aperfeiçoamento da regência dos contratos internacionais conectados com o País, a exemplo do ocorrido na Europa pela celebração da Convenção de Roma de 1980.

Entre os benefícios apresentados pela consagração do princípio da livre autonomia da vontade está na redução da ingerência do Estado nas relações privadas, o que torna as relações comerciais internacionais mais ágeis, convidativas ao aporte de investimentos estrangeiros pela redução do “Risco Brasil”.

---

<sup>93</sup> Tradução feita por Nadia de Araujo in: **Contratos internacionais: autonomia da vontade, MERCOSUL e convenções internacionais**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.199. Texto original em italiano: **CAPO X - Obbligazioni contrattuali - Art. 57 Obbligazioni contrattuali- I. Le obbligazioni contrattuali sono in ogni caso regolate dalla Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali resa esecutiva con la L. 18 dicembre 1984, n. 975, senza pregiudizio delle altre convenzioni internazionali, in quanto applicabili.**

### 3 A IMPORTÂNCIA DA AUTONOMIA DA VONTADE NA ESCOLHA DA LEI APLICÁVEL

#### 3.1 A AUTONOMIA DA VONTADE

A ideia de autonomia da vontade, enquanto representativa do querer autônomo individual, pode ser divisada desde as origens do DIPr, quando a pessoa declarava a lei escolhida para viver de modo a diminuir conflitos<sup>94</sup>, mas afetada pelas consequências do processo de unidade legislativa criado pelo territorialismo<sup>95</sup>.

Mostra-se complexa a atribuição do conceito de autonomia da vontade pela influência do Direito Internacional, enquanto ciência jurídica, e da flexibilidade conceitual que lhe é inerente, tanto no plano jurídico como no plano filosófico.

A concepção de autonomia da vontade, em seu sentido jurídico, evoluiu em dois planos diferentes: o primeiro, no Direito Internacional em sua origem e, posteriormente, no Direito interno, com ênfase no Direito contratual, sendo sua nomenclatura jurídica um produto do século XIX<sup>96</sup>.

A autonomia da vontade pode ser analisada sob dois prismas: 1) como mecanismo de designação da lei aplicável, mesmo estrangeira, ou podendo se desvincular do Direito estatal; e 2) como mecanismo de aperfeiçoamento do Direito, com a eliminação dos conflitos de leis.

No primeiro caso, o princípio da autonomia na vontade atuaria como elemento justificador da indicação da lei a ser aplicada ao caso concreto. A autonomia da vontade funcionava como elemento *a posteriori* à aplicação da lei. No segundo caso, o princípio da autonomia da vontade seria um princípio ativo, um elemento de conexão solucionador de conflitos, buscando-se, *a priori*, qual a vontade que, autonomamente, determinava a aplicação desta ou daquela lei<sup>97</sup>.

Para o doutrinador alemão Erik Jayme<sup>98</sup>, deve-se constatar, de início, que a liberdade de escolha da lei aplicável às questões de Direito privado é derivada do

---

<sup>94</sup> *Professio júris*: o direito de regência contratual escolhido pelas partes.

<sup>95</sup> VALLADÃO, Haroldo. *Op. Cit.*, p. 346.

<sup>96</sup> WEBERBAUER, Paul Hugo. **Manifesto por um direito comprometido internacionalmente**: um estudo crítico acerca da autonomia da vontade, a reformulação do estado nas relações contratuais privadas e suas repercussões no plano internacional Tese de Doutorado Recife: tese de Doutorado/UFPE, versão do autor, 2011, 13p.

<sup>97</sup> *Idem*.

<sup>98</sup> JAYME, Erik. *Op. Cit.*, p. 54/55.

princípio geral da liberdade individual reconhecida por várias convenções e diversas resoluções das Nações Unidas, como a Resolução do *Institut de Droit International* (Instituto de Direito Internacional), que acolheu a autonomia da vontade das partes em contratos internacionais firmados entre particulares.

Salienta ainda que a limitação imposta às regras da autonomia da vontade é uma característica que resulta do estado atual do DIPr ciente da importância atribuída à ordem pública.

Para Erik Jayme<sup>99</sup>, a tendência do DIPr atual é de buscar a conciliação entre princípios opostos – autonomia da vontade e regras imperativas. Os conflitos entre o indivíduo e o Estado decorrem da relação entre a liberdade das partes na escolha da lei aplicável e, de outro lado, os limites postos a essa liberdade pelas regras imperativas do Estado com o qual o litígio possui uma estreita ligação.

Irineu Strenger<sup>100</sup>, ao tratar da autonomia da vontade no DIPr, relembra que tal disciplina visa resolver conflitos de leis, e aquele princípio desempenha um papel generalizador, no sentido de ultrapassar as fronteiras do Direito privado para selecionar, dentre as ordens jurídicas, a lei aplicável a determinada relação de Direito, que apresentem características internacionais.

A escolha da uma lei competente constitui, pois, o objetivo essencial em razão do qual se exerce a vontade individual. Marcel Caleb<sup>101</sup> explica que a questão de Direito positivo aplicável é acessória, pelo menos teoricamente, porquanto ela se reduz a uma simples interpretação do Direito local ou do Direito estrangeiro, segundo a lei escolhida pelas partes e que, em virtude de sua autonomia, será uma ou outra.

O princípio da autonomia da vontade deve ser sustentado não só como um elemento da liberdade em geral, mas também como suporte da liberdade jurídica, que, nas palavras de Irineu Strenger<sup>102</sup>, é o poder de criar, por um ato de vontade, uma situação jurídica, desde que esse ato tenha objeto lícito.

Para Marcel Caleb<sup>103</sup> tal princípio tem menor amplitude no DIPr, isto é, as partes apenas têm liberdade de exercer sua vontade tendo em vista a escolha da

---

<sup>99</sup> *Idem.*

<sup>100</sup> STRENGER, Irineu. *Op. Cit.*, 2000, p.75.

<sup>101</sup> CALEB, Marcel. *Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté*. Paris: Recueil Sirey, 1927, p.20/21.

<sup>102</sup> STRENGER, Irineu. *Op. Cit.*, 2000, p.66.

<sup>103</sup> CALEB, Marcel. *Op. Cit.*, p.325.

legislação à qual querem submeter sua convenção sob a reserva de respeitarem a ordem pública.

De acordo com a conceituação de Véronique Ranouil<sup>104</sup>, a autonomia da vontade é o poder da vontade de ser um órgão produtor de Direito. É uma teoria do fundamento do Direito que tem aplicabilidade tanto no Direito Internacional quanto no Direito interno. Em DIPr, ela designa uma regra precisa: as partes podem escolher a legislação do contrato, a vontade das partes é ainda o princípio da solução dos conflitos de leis em matéria contratual, é fonte de Direito.

Interessa-nos aqui o estudo da autonomia da vontade vinculada à ideia de livre determinação das leis aplicáveis aos contratos internacionais pelas partes envolvidas, nos moldes da utilização feita pelos internacionalistas no sentido de assegurar previsibilidade contratual, uma vez que os contratantes teriam conhecimento com antecedência qual o direito que resolveria as possíveis desavenças decorrentes de sua celebração<sup>105</sup>.

## 3.2 EVOLUÇÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE

### 3.2.1 NO DIREITO INTERNACIONAL

A evolução histórica da autonomia da vontade é importante para compreender os aspectos que marcaram a determinação do seu atual conceito. Irineu Strenger<sup>106</sup>, ao analisar as principais doutrinas jurídicas a respeito do princípio da autonomia da vontade, faz uma exposição do estudo à luz dos diversos sistemas normativos de DIPr: sistema de Savigny, sistema de Jitta, sistema de Dreyfus, sistema de Caleb, sistema de Niboyet, sistema de Batiffol.

A autonomia da vontade é inicialmente identificada no sistema de Savigny<sup>107</sup>, que, influenciado pelo pensamento individualista de sua época, colocava como alicerce de sua doutrina o poder da vontade, salientando que, nos limites desse poder, a vontade do indivíduo reina pelo consentimento de todos e independente de qualquer vontade alheia. O Direito, em Savigny, é a esfera da vontade livre. Nesse

---

<sup>104</sup> RANOUIL, Véronique. *L'autonomie de la volonté: naissance et évolution d'un concept*. Paris: Presses Universitaires de France, 1980, p. 17.

<sup>105</sup> BÔAVIAGEM, Aurélio Agostinho da. *Op. Cit.*, p. 39/41.

<sup>106</sup> STRENGER, Irineu. *Op. Cit.*, 2000, p.131/151.

<sup>107</sup> SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Traité de droit romain*. T. VIII. Traduit par Guenoux. Paris: Firmin Didot Frères Librairies, 1851, p. 208/322.

sistema, a relação jurídica é um domínio independente da vontade individual, pois, a vontade repercute, em primeiro lugar, sobre a própria pessoa, e depois no mundo exterior, enquanto pessoa portadora de vontade.

No sistema de Jitta<sup>108</sup>, a autonomia da vontade foi abordada de forma original, centrada no estudo dos contratos. Parte do pressuposto que não há diferença entre o Direito Internacional Privado e o Direito Nacional Privado, pois ambos tratam das relações que se formam, por exigências da vida social, entre os indivíduos; ambos têm por fim submeter essas relações ao império do Direito.

Assim, Jitta foca o problema da vontade e afirma que as partes não são totalmente livres para regular aquilo que concerne aos efeitos jurídicos de sua declaração volitiva, apesar de reconhecer que em nenhuma circunstância se deve perder o valor individual do Direito privado.

De acordo com o sistema de Dreyfus<sup>109</sup>, analisa-se em que medida deve ou pode intervir o poder da vontade individual nos contratos e conclui-se que diversas leis regem vários contratos do ponto de vista imperativo, ao mesmo tempo que determinam limites à autonomia da vontade das partes e regulamentam os objetos dos contratos, seus efeitos e formas de extinção.

De outro modo, no sistema de Marcel Caleb<sup>110</sup>, a autonomia da vontade concede aos indivíduos a possibilidade de exercer sua vontade com o fim de criar situações jurídicas concordantes com a ordem social, mas que no DIPr esse mesmo princípio tem algumas características diferentes. De início o autor distingue ordem pública, lei imperativa e lei supletiva, e mostra que o domínio próprio da autonomia da vontade está no âmbito da lei supletiva, seja expressa de maneira explícita ou tácita.

No campo das leis imperativas, explica Caleb, não pode existir autonomia verdadeira, em tais condições, o DIPr não tem autoridade para reconhecer a atividade autônoma das partes. Quanto à ordem pública, essa não impede a autonomia da vontade, apenas impõe limites ao seu exercício.

No contra-fluxo das ideias, tem-se o sistema de Niboyet<sup>111</sup>, segundo o qual a autonomia da vontade não existe. Trata-se tão somente de um poder de escolha da

---

<sup>108</sup> JITTA, Josephus. *Op. Cit.*, p. 254.

<sup>109</sup> DREYFUS, G. *apud* STRENGER, Irineu. *Op. Cit.*, 2000, p.140/143.

<sup>110</sup> CALEB, Marcel. *Op. Cit.*, p.3/4.

<sup>111</sup> NIBOYET, Jean-Paulin. **La théorie de l'autonomie de la volonté**. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, t. 16, 1927.1, p. 1.

lei competente. Para Niboyet seria desejável a existência de uma só lei sobre a determinação da extensão da liberdade das partes, sobre a regulamentação das matérias imperativas e sobre a regulamentação das leis facultativas, no silêncio das partes. E insiste na ideia de que não existe teoria da autonomia da vontade, o que se fez “foi cometer o erro, por culpa desse excelente advogado Dumoulin, de confundir a simples liberdade de convenções com uma pseudo-autonomia”.

Finalmente, no sistema de Batiffol<sup>112</sup>, embora a expressão autonomia da vontade não tenha sido usada, ela está claramente subentendida. Adverte Batiffol que a liberdade das partes na designação da lei aplicável ao seu contrato só pode justificar-se no caso dessa liberdade encerrar-se nos contratos que apresentam elementos internacionais reais, expressos em fatos diversificados.

Em cada tipo de contrato, defende Batiffol, deve-se examinar os diversos fatores ou níveis de vontade das partes. A celebração e o adimplemento são os fatores mais importantes para se aferir a autonomia das partes no contrato, porém vários outros podem ser levados em conta: nacionalidade e domicílio das partes, situação dos bens, idioma empregado no contrato, características da garantia, atribuição de jurisdição ou cláusula compromissória, atitude das partes posteriormente à estipulação contratual.

A Teoria dos Estatutos marcou os principais fundamentos da autonomia da vontade enquanto livre manifestação das partes nos contratos. Assentada nos argumentos dos glosadores e, principalmente, dos pós-glosadores (conhecidos também por comentaristas ou bartolistas) a Teoria Estatutária conferiu unidade ao Direito privado e desenvolveu princípios contratuais baseados na autonomia da vontade, enquanto elemento de conexão<sup>113</sup>.

Savigny<sup>114</sup> recusou-se a utilizar a palavra autonomia para designar a submissão voluntária que justifica a solução dos conflitos de leis. Para ele, quando se trata de submissão à lei local, escolha do domicílio, ato livre com consequências jurídicas, deve-se evitar aplicar a palavra autonomia a fim de evitar confusões. Apesar da rejeição de Savigny, a expressão autonomia das partes, ou dos contratantes, entrou no âmbito internacionalista sob influência de Félix.

---

<sup>112</sup> BATIFFOL, Henri. *Les conflits de lois en matière de contrats*. Paris: Recueil Sirey, 1938, p. 477.

<sup>113</sup> *Ibidem*, 16p.

<sup>114</sup> SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Op. Cit.*, p. 42/43.

A utilização da palavra autonomia em matéria de conflitos de leis nasceu na Alemanha e foi introduzida na França por Félix. O autor distinguiu autonomia tácita de autonomia expressa, e ressaltou a importância da primeira; na qual os interesses das partes não foram declarados no ato, isto é, não se verifica a escolha da lei que as partes entendem submetido o ato. Nesse caso, o juiz, então, escolhe a lei que irá regular o contrato pelo método de interpretação da vontade (tácita) das partes<sup>115</sup>.

Não se empregou mais a expressão autonomia das partes para justificar, a *posteriori*, a lei a ser aplicada ao ato, em função dos interesses dos contratantes. A expressão autonomia das partes passou a qualificar o princípio que permite, a *priori*, determinar a legislação aplicável ao contrato.

Atribui-se o surgimento do princípio da autonomia da vontade no DIPr às especulações teóricas feitas pelo jurista francês Charles Dumoulin. No século XVI, o Direito francês ainda não havia sido unificado, de modo que as leis das diversas províncias eram tidas como Direito estrangeiro, semelhante ao que acontecia no norte da Itália, onde as cidades eram soberanas e regiam-se pelos Estatutos, que, posteriormente, deram origem às Teorias Estatutárias<sup>116</sup>.

Dumoulin deu continuidade às doutrinas estatutárias italianas e trouxe uma valiosa contribuição para o progresso do DIPr ao presumir que as partes, ao escolher um local para contratar (assinar o contrato), desejavam submeter-se às leis nele vigentes para reger os contratos e também os regimes matrimoniais<sup>117</sup>.

Explica Weberbauer que a contribuição de Dumoulin ao estudo da Teoria dos Estatutos foi o primeiro passo da autonomia da vontade, dentro da Ciência Jurídica, enquanto princípio capaz de impor um terceiro elemento na aplicação do direito estrangeiro e a mitigar os elementos de conexão que até então dominavam os debates sobre o tema: o *locus regit actum* e o *jus fori*.

Esta constatação se confirma, segundo Gerhard Kegel e Klaus Schurig<sup>118</sup>, quando se verifica que Dumoulin nunca defendeu diretamente a possibilidade de se recorrer à vontade das partes, no que tange à escolha do Direito aplicável à obrigação contratual. Dumoulin apenas cogitava a utilização da vontade das partes na interpretação do contrato de casamento. Entretanto, tal constatação não retira da

---

<sup>115</sup> RANOUIL, Véronique. *Op. Cit.*, p. 22/24.

<sup>116</sup> ARAUJO, Nadia de. *Op. Cit.*, 2006, p.318.

<sup>117</sup> DOLINGER, Jacob. *Op. Cit.*, p.117.

<sup>118</sup> KEGEL, Gerhard; SCHURIG, Klaus *apud* WEBERBAUER, Paul Hugo. *Ibidem*, 25p.

figura de Dumoulin o crédito de ser um dos primeiros juristas a expressar a existência de um princípio da vontade, no campo do Direito, enfatiza Weberbauer<sup>119</sup>.

A teoria da autonomia da vontade, criada por Dumoulin, foi criticada pelos seus principais opositores: Niboyet e Pillet<sup>120</sup>, no sentido de negarem a existência de tal princípio.

Segundo Niboyet<sup>121</sup>, desenvolveu-se uma doutrina, que, sob o nome de autonomia da vontade, deslocou o foco dos estudos daquela época e se esforçou para eliminar em grande parte a autoridade das leis imperativas, cujo respeito se impõe aos particulares em todo lugar; dessa forma, a autonomia da vontade, considerada como o poder de escolha da lei competente, não existiria para Niboyet.

Por outro lado, para Pillet<sup>122</sup>, o princípio de Dumoulin seria legítimo apenas na sua aplicação aos conflitos entre leis facultativas, e, cada vez que o princípio da autonomia enfrentasse a disposição proibitiva ou imperativa de uma lei aplicável à causa, ele deveria ceder, pois ele só existia enquanto respeitasse a autoridade da lei.

Não obstante as críticas acentuadas, o princípio da autonomia da vontade, estudado por Dumoulin, teve aplicação prática na jurisprudência francesa a partir do século XIX.

O caso emblemático que marcou a primeira aplicação prática do referido princípio tratou-se do litígio sobre o transporte de uma carga de farinha de trigo da American Trading Co. efetuado pela Quebec Steamship. A carga chegou avariada em seu destino, um porto francês, e a American Trading Co. acionou judicialmente a Quebec Steamship e o capitão, solidariamente, para ressarcirem o prejuízo causado pela avaria. A Quebec Steamship alegou em sua defesa a existência de uma cláusula de irresponsabilidade inserida no respectivo contrato de transporte, e a American Trading Co. contra-argumentou alegando que o contrato estava submetido à lei do Estado de Nova York, escolhida pelas partes, e que considerava tal cláusula como nula.

A tese da autonomia da vontade na escolha da lei aplicável, defendida pela American Trading Co., foi aceita em primeira instância e rejeitada na segunda. Neste

---

<sup>119</sup> WEBERBAUER, Paul Hugo. *Op. Cit.*, 26/27p.

<sup>120</sup> TENÓRIO, Oscar. *Op. Cit.*, p. 349.

<sup>121</sup> NIBOYET, Jean-Paulin. *Manuel de droit international privé*. 2ª ed. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1928, p. 789/790.

<sup>122</sup> PILLET, Antoine. *Principes de droit international privé*. Paris: Pedone, 1903, p. 429/430.

episódio, na Corte de Cassação, em 1910, o princípio da autonomia da vontade, pela primeira vez, foi utilizado de forma clara, mesmo sem haver sido mencionada<sup>123</sup>.

O caso teve grande relevância para o DIPr principalmente porque, até então, a norma de conexão adotada para os contratos internacionais pela Corte de Cassação francesa, ao longo do século XIX, era a da lei do local da conclusão do contrato, tanto para questões formais quanto materiais; entretanto, na decisão final desta causa emblemática, consagrou como fundamento a autonomia da vontade enquanto elemento de conexão<sup>124</sup>.

A partir de sua aceitação pela *Common Law*, a partir de 1796, não obstante não ter havido unanimidade na doutrina inglesa<sup>125</sup>, a autonomia da vontade transformou-se em regra básica do Direito anglo-norte-americano, sendo atualmente adotado pela maioria dos países da União Européia<sup>126</sup>.

A Alemanha consagrou a autonomia da escolha da lei aplicável em matéria de sucessões, embora limitasse a sua aplicação quanto ao testamento de bens imóveis situados no País; nesse caso, a lei alemã pode ser aplicada.

A ideia de autonomia da vontade veio a se difundir a partir dos anos 1870-1880. Em 1883, Charles Brocher, importante autor francês de DIPr do século XIX, aproximou discretamente os termos autonomia e vontade, no vocabulário internacionalista. A expressão só foi lançada em 1886, pelo estudioso francês Andrea Weiss e, em seguida, passou a ser largamente utilizada. A autonomia da vontade, entendida como o poder da vontade de escolher a lei do contrato, se afirmou na doutrina internacionalista nos anos 1870-1880<sup>127</sup>.

A polêmica da autonomia da vontade começou em 1894, com Pillet, e, após sua morte em 1927, teve continuidade com Niboyet que, apesar de não ter negado o poder da vontade, dizia que não era a manifestação da autonomia da vontade que detinha o poder de determinar a lei competente.

---

<sup>123</sup> ARAUJO, Nadia de. *Op. Cit.*, 2006, p.319/320.

<sup>124</sup> DIAS, Steeve Beloni Corrêa Dielle. **Obrigação e responsabilidade nos contratos internacionais de fretamentos marítimos e sua aplicação no direito brasileiro**. Dissertação de Mestrado. Curitiba: dissertação de Mestrado/PUC-PR, p.23. Disponível em: < <http://www.biblioteca.pucpr.br>>. Acesso em: 09.05.2012.

<sup>125</sup> ARAUJO, Nadia de. *Op. Cit.*, 2006, p.320.

<sup>126</sup> FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Op. Cit.*

<sup>127</sup> *Idem*.

Brocher, Pillet e Aubry são autores que apenas retiram do campo da autonomia da vontade as matérias regidas pelas disposições imperativas. Brocher<sup>128</sup>, em seus artigos publicados em 1872, e no seu *Cours de droit international privé*, publicado em 1883, iniciou as críticas à autonomia da vontade enquanto elemento de solução de conflitos de leis. Contudo, o autor francês não apenas excluiu do domínio da autonomia da vontade as matérias regidas pelas leis imperativas, como também negou a esse princípio o poder de resolver os conflitos de leis supletivas.

Atribui-se a Brocher a negação da existência de um estatuto da autonomia da vontade com base unicamente na vontade individual, pois, na sua concepção, nenhum fato jurídico pode ser considerado como independente de toda lei. Vinte anos mais tarde, diferentes autores, tais como Pillet, Dreyfus, Caleb e Niboyet, seguem adiante com as críticas à autonomia da vontade. Niboyet, o mais radical de todos, não se contentou em limitar o âmbito da autonomia da vontade, mas em negar a sua própria existência.

Datam de 1894 as críticas de Pillet ao exercício da autonomia da vontade no âmbito das matérias regulamentadas pelas leis imperativas. Nos anos de 1890, 1895 e 1896, Pillet publicou uma série de artigos intitulados *Essai d'un système general de solution des conflits de lois*, que foi a primeira expressão desse seu pensamento. Sua crítica foi forte o suficiente, ao ponto de conduzir à uma definição das leis imperativas e à conclusão de que a autonomia não pode resolver os conflitos de leis facultativas.

Antoine Pillet<sup>129</sup> procurou definir as regras imperativas que impediam o exercício da autonomia da vontade. Ele distinguiu duas grandes categorias em função de sua finalidade social: leis de garantia social ou leis obrigatórias de interesse público e as leis de proteção individual ou de interesse privado. As leis de garantia social ou leis obrigatórias de interesse público, editadas de acordo com o interesse do Estado de onde emanam, se aplicavam em todo território nacional, sem distinção de nacionalidade<sup>130</sup>.

As leis de proteção individual ou de interesse privado eram feitas apenas para os nacionais, mas, no entanto, com efeitos extraterritoriais, pois essas leis

---

<sup>128</sup> BROCHER, C. A. *Théorie du droit international privé*. Revue de droit international et de législation comparée. Paris : L.G.D.J., 1872, p. 189.

<sup>129</sup> PILLET, Antoine. *Op. Cit.*, p. 102/103.

<sup>130</sup> *Ibidem*, p.103.

acompanhavam os nacionais no estrangeiro. Os conflitos entre as leis obrigatórias não poderiam ser resolvidos recorrendo-se à intenção das partes, pois são leis que protegem o interesse público, e devem aplicar a legislação do país em que a ordem pública está envolvida, e, no caso de leis que protegem interesses privados, aplica-se a legislação do Estado dos interessados.

Aubry<sup>131</sup>, em 1896, retomou a crítica aos exageros da autonomia no seu artigo *Le domaine de la loi d'autonomie en droit international privé*. Trata-se de uma reflexão sobre o fundamento da autonomia da vontade que o levou a limitar seu domínio de atuação, retirando as matérias regidas pelas leis imperativas que ele se esforçou para definir. O princípio da autonomia da vontade se funda na ideia de que não apenas as partes podem reger diretamente seus respectivos direitos e obrigações, mas também naquelas que podem determinar a lei que regerá esses direitos e obrigações sobre os pontos que as partes não se preveniram.

Aubry<sup>132</sup> distinguiu duas categorias de leis: imperativas ou proibitivas e interpretativas ou supletivas. As primeiras, leis imperativas ou proibitivas, eram impossíveis de serem derogadas pela vontade das partes e classificava entre elas as regras de tutela individual como as relativas ao consentimento ou à lesão. Ele qualificava todas as leis imperativas ou proibitivas como leis de ordem pública.

As segundas, leis interpretativas ou supletivas, possuíam característica puramente facultativa, os particulares poderiam igualmente adotá-las ou excluí-las expressa ou tacitamente. Era no âmbito dessas últimas que se exercia a liberdade das convenções e a autonomia da vontade. Entretanto, seu domínio era limitado pelo domínio da ordem pública que a rodeava.

A crítica à autonomia da vontade, em relação às leis interpretativas ou supletivas, não se contentou mais em demonstrar que tal princípio era impotente para resolver os conflitos de leis imperativas, indo mais longe, ela afirmava sua inaptidão para solucionar também os conflitos de leis supletivas. Uma vontade não exprimida era uma vontade inexistente. Em consequência, a missão das regras supletivas não era presumir uma vontade, mas garantir a segurança das relações jurídicas, colocando as relações contratuais sob uma lei previsível.

---

<sup>131</sup> AUBRY, J. *Le domaine de la loi d'autonomie en droit international privé*. *Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée*, 1896, p. 465/466.

<sup>132</sup> *Ibidem*, p. 468/469.

Assim, em havendo um conflito entre leis supletivas, a autonomia da vontade seria incapaz de decidir. De fato, a vontade presumida não podia legitimar a aplicação de tal ou qual lei porque nada tinha de vontade. Por isso, dever-se-ia procurar em outro lugar a justificativa da competência legislativa, se inspirando na função dos dispositivos supletivos.

Embora a solução variasse entre os autores, releva salientar que a maioria entendia que, em caso de silêncio das partes, as leis supletivas aplicar-se-iam de forma obrigatória, para fins de política social, e os conflitos entre elas deveriam ser resolvidos como aqueles entre leis imperativas.

De fato, quando os contratantes fazem a escolha de uma lei, eles não a escolhem como lei, mas escolhem somente os dispositivos materiais por ela promulgados. Na realidade, a autonomia da vontade não existe porque ela supõe que a vontade é, em pé de igualdade com a lei, reguladora. Mas, ela é subordinada à lei, e, por isso, goza apenas de uma liberdade limitada que lhe é concedida, não se podendo falar em liberdade nas convenções entre particulares<sup>133</sup>.

Não obstante as limitações impostas à aplicação da autonomia da vontade, é inegável que o aludido período histórico (século XIX) promoveu a sua consolidação como elemento de conexão do DIPr, o que permanece até os dias atuais, refletindo em normas internacionais, a exemplo das CIDIPs, UNIDROIT e UNCITRAL.

### 3.2.2 NO DIREITO INTERNO

No Brasil, inicialmente a nacionalidade e depois o domicílio foram adotados como elementos de conexão do DIPr. Ante o conflito de leis afeto a uma relação jurídica privada internacional, tanto a nacionalidade quanto o domicílio eram utilizados como critérios indicadores da lei aplicável.

A nacionalidade, critério difundido por Pasquale Stanislao Mancini, jurista italiano do século XIX, foi adotada na Lei de Introdução ao Código Civil de 1916 como principal critério de solução do conflito de leis, como se pode verificar a partir da transcrição de alguns artigos, já revogados, desta legislação:

Art. 8. **A lei nacional da pessoa** determina a capacidade civil, os direitos de família, as relações pessoais dos cônjuges e o regime dos bens no casamento, sendo lícito quanto a este a opção pela lei brasileira.

---

<sup>133</sup> *Ibidem*, p.126/127.

Art. 9. **Aplicar-se-á subsidiariamente a lei do domicílio e, em falta desta, a da residência:**

I. Quando a pessoa não tiver **nacionalidade**.

II. Quando se lhe atribuírem duas **nacionalidades**, por conflito, não resolvido, entre as leis do país do nascimento, e as do país de origem; caso em que prevalecerá, se um deles for o Brasil, a lei brasileira.

(grifos nossos)

O domicílio e a residência, como observado acima, eram critérios subsidiários ao da nacionalidade. Posteriormente, em 1942, o critério do domicílio passou de subsidiário a principal.

A escolha da autonomia da vontade em substituição à nacionalidade é fenômeno crescente nos diversos ordenamentos jurídicos, representando confronto entre o caráter, em regra, circunstancial da atribuição da nacionalidade, *versus* o prestígio da autonomia da vontade na atribuição do domicílio<sup>134</sup>.

A justificativa para essa mudança de paradigma no DIPr brasileiro também é histórica e política: ao declarar guerra à Alemanha e à Itália, em 22 de agosto de 1942, o Brasil se viu diante da necessidade de salvaguardar sua soberania, e aplicar o critério do domicílio, com a finalidade de minimizar as possibilidades de aplicação das leis estrangeiras, em especial das Nações inimigas.

Naquele momento ditatorial e bélico (Ditadura Getulhista 1937-1945 e II Guerra Mundial 1939-1945), era compreensível a ameaça à soberania nacional representada pela adoção do princípio da autonomia da vontade e pelo critério da nacionalidade como elemento de conexão.

Assim, foi incorporada ao Direito brasileiro a aplicação da lei do domicílio para o estado e capacidade das pessoas. Até hoje, o domicílio é o principal elemento de conexão aplicado na legislação brasileira desde a publicação da Lei de Introdução ao Código Civil de 1942:

Art. 7º - A lei do país em que for **domiciliada** a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família. (grifos nossos)

Extinguindo-se os motivos que justificavam a supressão do princípio da autonomia da vontade na LICC de 1942 (ditadura e guerra), o comércio internacional praticado no século XXI, impõem a sua reimplementação. Era o que se esperava da

<sup>134</sup> Código Civil Brasileiro - Art. 70. O domicílio da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece a sua residência com **ânimo** definitivo. (Grifo nosso)

Lei nº 12.376/10 - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), mas o dispositivo do art. 7º, *caput*, permaneceu idêntico. A LINDB de 2010, foi editada apenas para modificar o nome da antiga Lei de Introdução ao Código Civil – LICC (Decreto-Lei no 4.657/42), mantendo inalterados todos os seus dispositivos.

Teixeira de Freitas foi o autor da primeira tentativa de codificação civil do Brasil - "Esboço de Código Civil", feito por encomenda do imperador D. Pedro II, pelo Decreto nº 2.337 de 11 de Janeiro de 1859, que, apesar de não ter resultado em lei no Brasil, influenciou os trabalhos posteriores no país, como o de Clóvis Beviláqua, que resultou no Código Civil de 1916 e mesmo na elaboração do Código Civil argentino.

Proclamado nos arts. 32 e 1.965 do Esboço de Código Civil de 1860, o princípio da autonomia da vontade referia-se ao domicílio eleito para o foro do contrato, e sobre a voluntariedade de sua escolha pelas partes, assim escreveu o autor do Esboço<sup>135</sup>:

A conservação do domicílio é voluntária, pois que não se deve tolher a liberdade das partes, sempre que o exercício dela não for incompatível com a ordem pública. O que se quer é a certeza de um lugar, como indicador da legislação aplicável; e esta certeza existe, quando as partes convencionam que o seu contrato será regido e julgado pelas leis de um país determinado.

No art. 1.965 do Esboço, constata-se a eleição da lei aplicável, nos seguintes termos:

Art. 1.965. Não prevalece o disposto nos arts. 1.936 e 1.937: 1º Quando as partes nos respectivos instrumentos, ou em instrumento posterior, houverem convencionado que o contrato seja julgado pelas leis do Império, ou pelas de um país estrangeiro determinado (art. 32); 2º Quando as partes nos respectivos, ou em instrumento posterior, se tiverem obrigado a responder pelo contrato no Império, ou em um país estrangeiro determinado (art. 32).

Assim, pode-se afirmar que, no Brasil, desde 1860, cogitava-se que o contrato podia ser regido pela lei escolhida pelas partes e suplementado, quanto aos seus efeitos, pela lei do lugar da execução, também designada pelos contratantes nos termos dos arts. 1.962 e 1.963 do Esboço de Teixeira de Freitas, cuja influência da

---

<sup>135</sup> FREITAS, Augusto Teixeira de. **Esboço de Código Civil**. Estudo crítico-biográfico por Levi Carneiro. Brasil: Ministério da Justiça e Negócios Interiores – Serviço de Documentação, 1952, p. 37.

Teoria de Savigny<sup>136</sup> resta evidenciada no que se refere à adoção do domicílio como sede jurídica das pessoas.

O princípio da autonomia da vontade esteve presente nas tentativas de reformulação de Esboço de Teixeira de Freitas por Coelho Rodrigues em 1890 (art. 24), e por Nabuco de Araújo em 1978 (art. 51). Contudo, entre as reformulações de Coelho Rodrigues e Nabuco de Araújo, o princípio foi consolidado em 1899, por Carlos de Carvalho quando procurou atualizar, resumir e aperfeiçoar as doutrinas da Consolidação de Teixeira de Freitas<sup>137</sup> acerca da autonomia da vontade em matéria de obrigações contratuais (art. 37).

Por obra de Clóvis Beviláqua, o princípio foi acolhido expressamente no art. 13 da Introdução ao Código Civil de 1916:

Art. 13 - Regulará, salvo estipulação em contrário, quando à substância e aos efeitos da obrigação, a lei do lugar onde foram contraídas.

Parágrafo único: Mas sempre se regerão pela lei brasileira:

- I. Os contratos executáveis no Brasil;
- II. As obrigações contraídas entre brasileiros em país estrangeiro;
- III. Os atos relativos a imóveis situados no Brasil;
- IV. Os atos relativos ao regime hipotecário brasileiro.

A doutrina brasileira considerou permitida a autonomia da vontade no ordenamento jurídico nacional por causa da expressão “salvo estipulação em contrário” existente no art. 13 da Introdução ao Código Civil de 1916 (ICC). Lembra Nadia de Araujo<sup>138</sup> que muito se discutiu sobre os limites da liberdade das partes para escolher a lei aplicável às obrigações livremente contraídas. Não houve unanimidade entre os autores brasileiros em reconhecer na expressão do art. 13 da ICC de 1916 a inequívoca adoção do princípio da autonomia da vontade.

Clóvis Beviláqua<sup>139</sup>, autor do dispositivo, esclareceu que na interpretação dos contratos deve-se atender, principalmente, à intenção das partes, mas se a intenção é obscura ou falha, as circunstâncias de fato servirão para determinar o alcance das palavras empregadas na avença. Concluiu Beviláqua que, dentro dos seus naturais limites e agindo de acordo com a lei, a vontade é fonte geradora das obrigações

<sup>136</sup> Teoria da Ficção Legal (Savigny) - Defende que a pessoa jurídica é uma criação do direito, cuja existência é apenas meramente ideal, ficta, para que possa exercer direitos patrimoniais.

<sup>137</sup> STRENGER, Irineu. *Op. Cit.*, 2000, p.205.

<sup>138</sup> ARAUJO, Nadia de. *Op. Cit.*, 2006, p.321.

<sup>139</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado**. Edição histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, p.332.

convencionais e unilaterais e assim, conseqüentemente, lhe deve ser permitido, nas relações internacionais, escolher a lei a que subordinem as obrigações livremente convencionadas.

Em sentido contrário, Amílcar de Castro<sup>140</sup> assegura que as partes não podem produzir Direito por sua vontade, nem escolher Direito à vontade, pois, tanto na esfera do Direito interno como no Internacional, estão sempre à mercê do Direito, sem que sua vontade dependa efetivamente de condições pessoais. Em matéria de obrigações convencionais, a vontade das partes tem a liberdade de pássaro na gaiola: pode mover-se em certos limites, mas em qualquer direção encontra barreiras intransponíveis. Assim, seria uma suposta autonomia da vontade, visto que a liberdade que existe é aquela concedida e limitada pelo Direito.

A vontade das partes quanto à lei aplicável somente podia ser exercida com relação à substância e aos efeitos do ato. Pois, quanto à capacidade e à execução, poderia haver a incidência de uma lei diferente daquela aplicável ao contrato internacional, determinada pelo estatuto pessoal, no caso da capacidade, ou, quanto à execução, pelo lugar onde a obrigação deveria ser executada. Nessas duas hipóteses, não tinha lugar a autonomia da vontade, mas sim a imperatividade da norma cogente.

Atenta Nadia de Araujo<sup>141</sup> para o fato de que, no referido art. 13 da ICC de 1916, Beviláqua enunciou a lei do contrato como sendo a do local da celebração, salvo estipulação em contrário, ou quando ofensiva ao Direito nacional dos contratantes ou à ordem pública. De modo que, da leitura do art. 13 e seu parágrafo único, não fica claro se a regra do *caput* é aplicada em conjunto com o parágrafo único, ou se, quando a execução se der no Brasil, aplicar-se-á a lei brasileira não só às questões da execução, mas também àquelas relativas à substância e aos efeitos das obrigações.

Entretanto, a tendência era a aplicação da lei brasileira para todos os aspectos dos contratos internacionais cuja execução se desse no território nacional. A opinião favorável de Beviláqua não convenceu alguns autores luso-brasileiros que ainda se posicionavam contrários ao princípio, tais como Eduardo Espínola, Álvaro da Costa Machado Villela e Pontes de Miranda.

---

<sup>140</sup> CASTRO, Amílcar de. **Direito internacional privado**. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 173.

<sup>141</sup> ARAUJO, Nadia de. *Op. Cit.*, 2006, p.321/322.

Ao analisar o art. 13 do ICC de 1916, explica Eduardo Espínola<sup>142</sup> que o princípio geral previsto na norma é o da autonomia da vontade, quer como regra supletiva, quer como regra imperativa. Apenas quando as partes não se pronunciam expressamente, é que a lei do lugar em que as obrigações foram contraídas funcionará como regra interpretativa da vontade. Quando se tratar de um dos casos previstos no parágrafo único do art. 13, a autonomia da vontade deixa de incidir, para que prevaleça a lei brasileira quanto às regras imperativas e supletivas.

Dessa maneira, a verdadeira interpretação do mencionado art. 13 seria de que a lei competente quanto à matéria imperativa, ou seja, quanto ao regime das obrigações e contratos, é a lei do lugar da celebração, que não pode ser afastada por vontade das partes. Quanto à matéria supletiva, apenas prevalecerá a lei do local de celebração como lei interpretativa da vontade das partes caso não haja qualquer estipulação dos contratantes.

Na vigência do ICC de 1916, o internacionalista português Machado Villela<sup>143</sup> entendia ser um exagero levar a autonomia da vontade do campo das leis supletivas para o campo das leis imperativas. Para o autor, autonomia da vontade não significa escolha da lei reguladora das relações jurídicas, mas tão somente aceitação da liberdade conferida pela lei obrigatoriamente aplicável (lei imperativa) aos fatos livremente praticados pelo indivíduo, dentro da permissibilidade conferida pelo Direito imposto, imperativo.

A autonomia estaria na prática do ato, e não na escolha da lei que o regula. O indivíduo seria livre, por exemplo, na escolha do domicílio ou do lugar da execução de um contrato, entretanto, uma vez fixado o domicílio ou fixado o lugar da execução, incidiria imperativamente a competência da lei do domicílio ou a do lugar da execução do contrato. Isso demonstra que ter a autonomia da vontade no campo das leis imperativa se trata de uma visão exagerada de uma doutrina derivou de uma má compreensão do sistema de Savigny.

Por sua vez, Pontes de Miranda<sup>144</sup> se coaduna, em parte, com o posicionamento de Machado Villela ao defender que não se deve dar tamanha

---

<sup>142</sup> ESPÍNOLA, Eduardo. **Elementos de direito internacional privado**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1925, p.655/657.

<sup>143</sup> VILELA, Álvaro da Costa Machado. **O direito internacional privado no Código Civil Brasileiro**. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1921, p.366/378.

<sup>144</sup> MIRANDA, Pontes. **Tratado de direito internacional privado**. T. I. Rio de Janeiro: José Olympio, 1935, p.197.

extensão à autonomia da vontade. Mas, critica o jurista português por desprezar a doutrina brasileira e opta como princípio, não pela autonomia da vontade, mas pela lei do local da celebração.

A sintetização de Ferreira Coelho<sup>145</sup> representa a posição mais ponderada e aceita sobre o assunto:

... teoria preferível deve ser a que combina a vontade das partes com a lei do local da celebração, quanto à substância e aos efeitos das obrigações, respeitadas as leis do lugar da execução do contrato. (...) A autonomia da vontade será respeitada, pois, quando não ofender as leis locais.

Interessante ressaltar que na vigência da ICC de 1916 o Brasil promulgou, em 13 de agosto de 1929, a Convenção de DIPr de Havana (Decreto nº 18.871 de 13 de agosto de 1929), também chamado Código Bustamante, em homenagem ao seu autor: o cubano Antonio Sánchez de Bustamante y Sirvén.

O Código de Bustamante é a maior e mais notável obra de codificação do DIPr, mas de escassa acolhida pela jurisprudência brasileira por apresentar contrariedades com as regras contidas na Lei de Introdução de 1942 e com algumas leis especiais<sup>146</sup>.

Percebe-se no Código de Bustamante que a faculdade de escolha da lei aplicável ao contrato pelas partes estaria assegurada:

Art. 166. As obrigações que nascem dos contractos têm força da lei entre as partes contractantes e devem cumprir-se segundo o teor dos mesmos, salvo as limitações estabelecidas neste Código.

Art. 184. A interpretação dos contractos deve effectuar-se, como regra geral, de accôrdo com a lei que os rege.

Comtudo, quando essa lei fôr discutida e deva resultar da vontade tacita das partes, applicar-se-á, por presumpção, a legislação que para esse caso se determina nos arts. 185 e 186, ainda que isso leve a applicar ao contracto uma lei distincta, como resultado da interpretação da vontade.

Art. 185. Fora das regras já estabelecidas e das que no futuro se consignem para os casos especiaes, nos contractos de adhesão presume-se acceita, na falta de vontade expressa ou tacita, a lei de quem os offerece ou prepara.

Sobreveio a Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), Decreto-Lei nº 4.657 de 4 de setembro de 1942, revogando a Introdução ao Código Civil de 1916 e vigente até os dias atuais, com seu nome alterado pela Lei nº 12.376 de 30 de dezembro de

---

<sup>145</sup> *Apud* STRENGER, Irineu. *Op. Cit.*, 2000, p. 207.

<sup>146</sup> STRENGER, Irineu. *Op. Cit.*, 2000, p.200.

2010, passando a se chamar Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). Consagra o art. 9º da LICC:

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

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

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

A redação dada pelo transcrito art. 9º da LICC, que excluiu a expressão “salvo estipulação em contrário” contida no art. 13 da antiga ICC de 1916, incitou as discussões doutrinárias a respeito do princípio da autonomia da vontade.

Para alguns autores, a exclusão da expressão “salvo estipulação em contrário” indicava que não havia mais possibilidade da escolha do regime contratual pelas partes; no entanto, para outros, a simples supressão da expressão não poderia eliminar o princípio jurídico anteriormente aceito.

Oscar Tenório<sup>147</sup>, por exemplo, entende que apesar de não haver expressa autorização da aplicação da autonomia da vontade, também não havia expressa proibição, sendo assim permitida a sua utilização indireta, sempre que a lei da celebração a permitisse.

Por outro lado, Serpa Lopes<sup>148</sup> ressaltou que, embora permitida na Introdução de 1916, a autonomia da vontade podia ser exercida no campo supletivo. Já, na LICC de 1942, a omissão a respeito da matéria permitia sua aplicação ainda no campo supletivo, mas, tão somente de forma indireta, quando indicada pela lei do local da celebração.

Assevera Oscar Tenório<sup>149</sup> que o art. 9.º da LICC de 1942 não exclui a aplicação da autonomia da vontade se ela for admitida pela lei do país onde se constituir a obrigação.

Em consonância com a interpretação dada por Maria Helena Diniz<sup>150</sup> de que:

---

<sup>147</sup> TENÓRIO, Oscar. *Op. Cit.*, p. 179.

<sup>148</sup> LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Comentário teórico e prático da Lei de Introdução ao Código Civil**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1944 e 1946, p. 317.

<sup>149</sup> TENÓRIO, Oscar. *Op. Cit.*, p. 179.

<sup>150</sup> DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil interpretada**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 296.

Não há acolhida da autonomia da vontade como elemento de conexão em matéria alusiva a contratos. Os contratantes apenas poderão exercer sua liberdade contratual na seara das normas supletivas da lei aplicável imperativamente determinada pela *lex loci contractus*. Vigora o princípio da autonomia da vontade em matéria de obrigações contratuais, mesmo na seara internacional, pois poder-se-á considerar como contrato internacional o acordo de vontades em que a conclusão da avença, a capacidade das partes e o objeto contratual estão relacionados com mais de um sistema jurídico.

José Inácio Franceschini<sup>151</sup>, diz que não pode ser a autonomia da vontade reconhecida no Brasil como elemento de conexão em matéria contratual em face da omissão daquela expressão, para ele intencional.

Em sentido semelhante, observa-se em Amílcar de Castro<sup>152</sup> que as normas de DIPr devem ser tidas como pertencentes ao ramo do Direito público. A regra fundamental da hermenêutica é de que as normas de Direito público, sendo imperativas ou cogentes, não podem, salvo disposição legal expressa em contrário, ser derogadas pela vontade das partes ou por seus interesses particulares.

Assim, não existe a autonomia da vontade em DIPr, pois, o objeto próprio da vontade das partes é a escolha do lugar onde queiram realizar o contrato, e não a escolha do direito que irá regular o negócio jurídico.

Ainda, Wilson Batalha se posiciona ao afirmar que é inaceitável a autonomia da vontade, para a indicação da lei aplicável, face à LICC de 1942. As normas imperativas identificam o Direito aplicável, e a autonomia da vontade só pode ser exercida no âmbito das normas dispositivas do direito reputado aplicável, chegando Osiris Rocha a entender que a referência à autonomia da vontade se constitui em uma impropriedade jurídica<sup>153</sup>.

De tudo, poder-se-ia entender que pensar na autonomia da vontade seria admiti-la tão somente nos casos em que não se trate de uma lei imperativa<sup>154</sup>. E o art. 9.º da Lei de Introdução se reveste de caráter imperativo, completa Wilson Batalha<sup>155</sup>.

---

<sup>151</sup> FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Op. Cit.*, p.66/121.

<sup>152</sup> CASTRO, Amílcar de. *Op. Cit.*, p. 73.

<sup>153</sup> ROCHA, Osiris. **Curso de direito internacional privado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 140.

<sup>154</sup> LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Op. Cit.*, p. 317.

<sup>155</sup> BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Tratado de direito internacional privado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. v. II, p. 248.

Visão diametralmente contrária é a sustentada por Valladão<sup>156</sup>: o princípio tradicional e básico do DIPr das obrigações é o da autonomia da vontade, segundo o qual se reconhece aos interessados o direito de escolher expressa ou tacitamente a lei reguladora dos contratos. Com esse resgate da autonomia da vontade, Valladão revigora o princípio no DIPr, apoiando-se nos cânones do liberalismo individualista, sem deixar de reconhecer as limitações impostas pela ordem social.

No DIPr brasileiro, percebe-se então o reconhecimento da existência da autonomia da vontade das partes contratantes no âmbito das leis dispositivas do Direito aplicável, podendo, no exercício dessa autonomia, no campo que lhe é próprio, as partes adotar como conteúdo de suas estipulações normas de Direito estrangeiro, desde que não ofendam a ordem pública brasileira<sup>157</sup>, importante instituto de limitação da autonomia da vontade.

Exemplo da presença deste princípio no ordenamento jurídico brasileiro tem-se com a Lei nº 9.307/1996 (Lei de Arbitragem), com a Lei nº 9.478/1997 (regulação das atividades relativas ao monopólio do petróleo); e em convenções internacionais das quais o Brasil participou na vigência da Lei de Introdução de 1942, adiante objeto de considerações.

Atualmente, as convenções internacionais, em sua maioria, passaram a permitir expressamente às partes contratantes a faculdade atribuída à autonomia da vontade para a escolha da lei aplicável aos contratos internacionais.

O problema da autonomia surge, hoje, de uma outra maneira: saber qual é o objeto próprio da vontade das partes, e não mais em torno da sua classificação como elemento de conexão.

Duas tendências se opõem: a primeira estima que a escolha das partes é sobre a própria legislação do contrato. A segunda, que prevalece, foi desenvolvida por Batiffol<sup>158</sup>, para quem os contratos não determinam a lei do ato, eles apenas localizam sua operação e o juiz deduz a legislação aplicável considerando as diversas circunstâncias da causa sem ser obrigatoriamente vinculado por uma cláusula de escolha expressa.

Essa oposição não é puramente teórica, há consequências práticas importantes. Precisa-se perceber que o papel preponderante da vontade das partes

---

<sup>156</sup> VALLADÃO, Haroldo. *Op. Cit.*, p. 373.

<sup>157</sup> STRENGER, Irineu. *Op. Cit.*, p.196.

<sup>158</sup> BATIFFOL, H. *Op. Cit.*, p. 32.

em matéria contratual, associada à necessidade de se conferir segurança jurídica à contratação comercial internacional. Daí os seus limites: explica Véronique Ranouil<sup>159</sup> que a vontade expressa, embora goze de imensa liberdade, limita-se pela fraude à lei e pela ordem pública.

A fraude à lei é visivelmente melhor compreendida em comparação com a ordem pública; trata-se de manobra praticada pelas partes para escapar da lei cogente, cujo efeito jurídico não é do seu interesse, por isso partem em busca do resultado desejado, escapando assim da norma aplicável.

Quanto à ordem pública, a dificuldade reside em se estabelecer o seu conteúdo para conceituá-la.

### 3.3 LIMITAÇÕES IMPOSTAS À AUTONOMIA DA VONTADE – ORDEM PÚBLICA

A autonomia da vontade comporta dois efeitos, um positivo e um negativo. O positivo ocorre quando a lei estrangeira proíbe o que o Direito interno permite, quando se concede direito proibido ou desconhecido pela lei pessoal. Por outro lado, o efeito negativo se dá quando a lei local veda o que o Direito estrangeiro permite, e, portanto, ele não será admitido<sup>160</sup>.

Tida como principal limitador da autonomia da vontade, o princípio da ordem pública, de difícil definição, em especial por seu caráter de instabilidade, é assim conceituado por Strenger<sup>161</sup>:

Devemos entender por ordem pública o conjunto de princípios incorporados implícita ou explicitamente na ordenação jurídica nacional, que por serem consideradas para a sobrevivência do Estado e salvaguarda de seu caráter próprio, impedem a aplicação do direito estrangeiro que os contradiga, ainda que determinado pela regra dos conflitos.

A partir desse conceito, Strenger destaca a imprecisão do conteúdo desses princípios que compõem a ordem pública internacional e considera que a decisão está nas mãos dos juízes, e os princípios que esses devem levar em conta são os

---

<sup>159</sup> *Ibidem*, p. 29.

<sup>160</sup> DOLINGER, Jacob. *Op. Cit.*, p. 365.

<sup>161</sup> STRENGER, Irineu. *Op. Cit.* 449/451.

princípios informadores da Constituição, em primeiro lugar, e, após indagar ou examinar a Constituição e as leis, deve-se identificar os princípios básicos que excluem a aplicação do direito estrangeiro.

Além da conceituação e da imprecisão do conteúdo principiológico da ordem pública, uma outra dificuldade reside nos três níveis que lhe podem ser emprestados. Entende Professor Aurélio Bôaviagem<sup>162</sup> que a ordem pública comporta três níveis: interno, internacional e universal e que o limite da ordem pública ao exercício da autonomia da vontade reside nos níveis internacional e universal, nunca na ordem pública interna.

É esse efeito negativo que se observa expressamente no art. 17 da LINDB:

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.

Retornando aos níveis de ordem pública, o primeiro (ordem pública interna), reflete princípios básicos de um sistema jurídico estatal em particular, pilares obrigatórios *erga omnes*, é a lei de ordem pública; os outros dois (níveis internacional e universal), são constituídos por princípios que ultrapassam o âmbito de validade de uma determinada ordem jurídica, apresentando-se, em uma pluralidade de ordens jurídicas estatais (nível internacional), ou em princípios que devem permear todas as ordens (nível universal)<sup>163</sup>.

No nível do direito interno, a ordem pública gera um impeditivo da autonomia da vontade contra normas imperativas e proibitivas; nos demais níveis visualizam-se dois impeditivos: o que veda a aplicação do direito estrangeiro e, outro, que limita o reconhecimento do direito adquirido no estrangeiro<sup>164</sup>.

Não se pode concordar com a visão de Maria Helena Diniz quando ensina:<sup>165</sup>

Não há acolhida da autonomia da vontade como elemento de conexão em matéria alusiva a contratos. Os contratantes apenas poderão exercer sua liberdade contratual na seara das normas supletivas da lei aplicável imperativamente determinada pela *lex loci contractus*. Vigora o princípio da autonomia da vontade em matéria de obrigações contratuais, mesmo na seara internacional, pois poder-se-á considerar como contrato internacional

<sup>162</sup> BÔAVIAGEM, Aurélio Agostinho da. **A ordem pública**: limite da autonomia da vontade na escolha da lei aplicável. *In*: Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito, nº 16, 2006. Org. Prof. Dr. Torquato Castro Jr. Recife: Universidade Federal de Pernambuco-CCJ, 2006, p. 25/36.

<sup>163</sup> STRENGER, Irineu. *Op. Cit.*, p. 114.

<sup>164</sup> DOLINGER, Jacob. *Op. Cit.*, p. 365.

<sup>165</sup> DINIZ, Maria Helena. *Op. Cit.*, p. 296.

o acordo de vontades em que a conclusão da avença, a capacidade das partes e o objeto contratual estão relacionados com mais de um sistema jurídico. Mas será preciso ressaltar que **a autonomia da vontade só poderá prevalecer quando não estiver conflitante com norma imperativa ou de ordem pública, visto que a função da ordem pública é um remédio, para que não se aplique norma estrangeira, se tal aplicação puder lesar o país onde houvesse de se realizar.** Tal conflito deverá ser solucionado por normas de DIPr e não pelo princípio da autonomia da vontade dos contratantes (grifos nossos).

A não concordância com Maria Helena se dá em razão da autora reduzir a ordem pública ao seu nível interno, ao analisar a limitação imposta à autonomia da vontade das partes na escolha da lei aplicável às relações contratuais. Reduzir a ordem pública a seu nível interno (ordem pública interna) é levar ao extremo de inviabilizar a aplicação do direito estrangeiro, que restaria afastado toda vez que contrastasse com uma norma cogente, lei imperativa, do sistema jurídico, o que, sem dúvida, apresentar-se-ia frequente, uma vez que qualquer sistema jurídico é pleno de normas imperativas, por ser inerente ao Direito a imperatividade, impor o dever ser.

Não há de se concordar também com João Grandino Rodas<sup>166</sup>, para quem o art. 9º da LICC é taxativo e não se pode afirmar a existência da autonomia da vontade para a indicação da lei aplicável no DIPr brasileiro.

Posto isso, o art. 9º da LINDB, norma cogente e imperativa (ordem pública interna), não consagra o mesmo conteúdo da ordem pública a que se refere o art. 17 da LINDB<sup>167</sup> (ordem pública internacional e ordem pública universal). Este último dispositivo é que tem capacidade para afastar a aplicação do direito estrangeiro, limitado pela ordem pública internacional e universal.

Valioso o entendimento de Clóvis Beviláqua<sup>168</sup>, para quem a lei estrangeira não será aplicável quando ofender a ordem pública internacional e os bons

<sup>166</sup> RODAS, João Grandino. **Elementos de conexão do direito internacional privado brasileiro relativamente às obrigações contratuais.** In: RODAS, João Grandino (coord.). *Contratos internacionais.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 59.

<sup>167</sup> **Art. 9º da LINDB:** Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem. § 1º Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato. § 2º A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente. **Art. 17 da LINDB:** 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.

<sup>168</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. *Op. Cit.*, 1906, p. 77.

costumes. A ideia de ordem pública é essencial para o equilíbrio do sistema do DIPr, e põe em seu lugar as ideias igualmente vagas de moral e de Direito natural. A distinção entre ordem pública interna e internacional é necessária e constitui um importante elemento de clareza, insiste Beviláqua<sup>169</sup>:

O exemplo clássico dos escritores, para assinalar esta distinção, é tirado das leis que regulam o estado e a capacidade das pessoas. Essas leis são de ordem pública interna; as convenções particulares não as podem alterar; ninguém pode estipular que será maior antes da época fixada pelo legislador; nem contrair casamento válido contra prescrições expressas e absolutas da lei; nem dar por dissolvido o vínculo conjugal, que o Direito considera subsistente. Mas são justamente essas leis as que a opinião comum considera extraterritoriais, isto é, com aplicação fora do país, e é caráter essencial das leis de ordem pública internacional a territorialidade, isto é, a circunscrição de sua eficácia aos limites do Estado de cuja legislação ela faz parte. Não há, portanto, coincidência entre as duas espécies, embora a mesma ideia fundamental seja o elemento formador de ambas: a proteção do organismo nacional. Num caso, porém, o Estado acautela-se contra os seus próprios súditos, dos quais exige obediência rigorosa aos preceitos que, no seu entender, são imediatamente garantidores da conservação de sua existência como unidade coletiva. Noutro, esses preceitos se dirigem indistintamente a todos os habitantes do país sem preocupação de nacionalidade.

O fenômeno da universalização das relações humanas e comerciais, o surgimento do “espaço transnacional”, exige um mínimo de coerência e logicidade que demanda conducente à caracterização da ordem pública chamada de universal pelo Professor Aurélio Bôaviagem<sup>170</sup>, a qual seria observada pelos tribunais quando viessem a enfrentar situações que, embora não tenham relevância no direito do foro, agridam de algum modo a coerência das relações internacionais.

Não se pode olvidar, ainda, nas relações internacionais comerciais, a interferência do Estado, por atos de soberania, para defesa de razões nacionais ligadas, geralmente, à salvaguarda do seu sistema econômico interno e outros motivos descritos como sendo de ordem pública. Segundo Irineu Strenger<sup>171</sup>:

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

---

<sup>169</sup> *Ibidem*, p. 79.

<sup>170</sup> BÔAVIAGEM, Aurélio Agostinho da. *Op. Cit.*, p. 31.

<sup>171</sup> *Ibidem*, p. 196.

Na opinião de Irineu Strenger<sup>172</sup>, a liberdade de escolha da lei aplicável pelas partes consiste em questão fundamental e clássica do Direito do Comércio Internacional. Na ausência dessa escolha, busca-se estabelecer regras que supram essa carência, que possam determinar ou considerar qual teria sido o interesse das partes na celebração do contrato internacional.

Dessa forma, a autonomia da vontade no âmbito dos contratos internacionais, consiste no exercício da liberdade contratual, mas esta liberdade não é irrestrita, dado a limitação imposta pela ordem pública, internacional e universal.

Isto sem esquecer que, em quaisquer dos enfoques dados à ordem pública, haverá sempre a função de garantia das instituições e a proteção dos sentimentos da justiça e da moral de cada sociedade, inclusive da internacional. Até mesmo no sentido interno da ordem pública ela tem um papel importante a desempenhar no âmbito internacional, considerando-se que as normas proibitivas e imperativas, por vezes, consagravam valores considerados básicos para todo ordenamento jurídico<sup>173</sup>.

Adverte Nadia de Araujo<sup>174</sup> sobre a necessidade de agir com cautela quando da redação de uma cláusula que contemple a escolha da lei aplicável em um contrato internacional, pois os tribunais brasileiros ainda não enfrentaram a questão diretamente, nem tendem a se posicionar favoravelmente à autonomia da vontade, como observa a doutrina.

Os juízes brasileiros usam o método conflitual para determinar a lei aplicável, que sempre encontram como resultado a lei brasileira ou a lei estrangeira, a partir de uma interpretação literal do *caput* do art. 9º, como o faz Maria Helena Diniz. Enquanto que, na Europa, é ampla a utilização do princípio da autonomia da vontade, compara a autora.

É de se acrescentar a questão que se apresenta quando há o silêncio absoluto das partes quanto à escolha da lei aplicável ao contrato, e não se afere, mesmo implicitamente, tal indicação; oportunidade em que prevalecem as regras de

---

<sup>172</sup> STRENGER, Irineu. *Op. Cit.*, 1998, p. 196.

<sup>173</sup> RANOUIL, Véronique. *Op. Cit.*, p.30.

<sup>174</sup> ARAUJO, Nadia de. *Op. Cit.*, 2006, p.323.

DIPr, tendo em vista o caráter internacional do contrato e as limitações impostas pela ordem pública<sup>175</sup>.

Quando não há manifestação da escolha do Direito aplicável, explica Irineu Strenger<sup>176</sup>, os contratos se sujeitam às regras que viabilizam a determinação do Direito estrangeiro (alienígena) ou do Direito local, a depender das normas de conflito previstas pelos ordenamentos jurídicos dos países envolvidos (identificados a partir dos elementos de estraneidade), à luz da ordem pública.

Não se é de apelar mesmo para regras uniformes supranacionais sobre DIPr? Por que não defender a harmonização das ordens públicas internacionais e a criação normas gerais de DIPr uniformizadas? Escapando-se assim das limitações da ordem pública?

A constatação é que tais respostas não são fornecidas pelo vigente sistema normativo brasileiro, habilitante à mais diversa visão doutrinária, com reflexos no posicionamento judiciário, como visto, contrariando o dizer de Strenger<sup>177</sup>, para quem a ordem pública internacional prevalece em função de declaração expressa de Direito interno, ou seja, é preciso reconhecer a validade da ordem pública internacional, pelo Direito interno, para que ela seja eficaz.

A solução das questões permanece em aberto: saber em que medida a ordem pública internacional pode exercer os mesmos efeitos anuladores de cláusulas livremente estipuladas.

A resposta somente poderá ser encontrada com uma reforma legislativa que empreste uma nova redação à LINDB, para deixar expressa a autonomia da vontade como elemento de conexão, fazendo com que o DIPr brasileiro acompanhe as normas internacionais mais modernas.

---

<sup>175</sup> STRENGER, Irineu. *Op. Cit.*, 1998, p. 111.

<sup>176</sup> *Ibidem*, p. 108.

<sup>177</sup> *Ibidem*, p. 116.

## 4 HARMONIZAÇÃO E UNIFORMIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO QUANTO À ESCOLHA DA LEI APLICÁVEL EM CONTRATOS INTERNACIONAIS

### 4.1 HARMONIZAÇÃO E UNIFORMIZAÇÃO: TÉCNICAS DE INTEGRAÇÃO JURÍDICA

Atualmente as relações comerciais internacionais são marcadas pela mundialização ou globalização, traduzida na construção de espaços econômicos transnacionais em que as fronteiras geográficas são meros vestígios de soberania e apenas têm significado político. O comércio internacional demanda um Direito comum a todos os países envolvidos na relação comercial, um Direito moderno e adaptado às necessidades econômicas, além de claro, simples e seguro<sup>178</sup>.

Em busca desse Direito comum, tem-se a integração jurídica: técnica que coordena as atividades de vários órgãos internacionais com vistas a um funcionamento harmonioso das ordens jurídicas existentes sobre determinada matéria em prol de uma solução para o problema das lacunas ou omissões da lei.

As convenções de direito internacional privado contribuem para o aprimoramento das normas de comércio internacional, não desrespeitando seus ordenamentos internos nem negando suas particularidades, mas resguardando suas peculiaridades e almejando a obtenção de um denominador comum, mediante um processo de integração da norma, de forma que a lacuna ou omissão seja preenchida com elementos contidos na convenção normativa internacional uniformizadora ou harmonizadora.

Na opinião de Cláudia Lima Marques<sup>179</sup>, a aproximação jurídica em âmbito internacional ocorre de duas formas: através da uniformização ou da harmonização de normas relativas a direitos de caráter internacional. Explica a autora que uniformizar é transformar textos normativos diversos, de diferentes culturas, em um único texto, de uma só forma obrigatória para todos, através de um só regulamento ou através de um tratado internacional impondo normas de conteúdo uniforme.

---

<sup>178</sup> PAILLUSSEAU, Jean. **Le droit de l'OHADA. Un droit très important et original.** (O Direito da OHADA. Um Direito muito importante e original), In. : Revista *La Semaine Juridique*, nº 44 de 28 de Outubro 2004, Suplemento n.º 5, p. 1/5.

<sup>179</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **MERCOSUL como legislador em matéria de Direito do consumidor:** crítica ao projeto de Protocolo de Defesa do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, nº 26, abr./jun./1998, p. 58.

Contudo, harmonizar é aproximar de forma flexível a legislação de diferentes países, na medida do necessário, para a consecução de determinados fins comuns. Harmonizar é coordenar diversidades, é estabelecer um objetivo comum, de forma a diminuir e eliminar as diferenças. Harmoniza-se através da proposição de normas básicas, cuja aceitação, porém, não será imperativa, mas é deixada à conveniência e à oportunidade dos países-membros.

Assim, as técnicas de integração das normas jurídicas: uniformização e harmonização, voltadas para o âmbito comercial, auxiliam o operador do Direito a descobrir a norma aplicável aos contratos internacionais. Evita arbitrariedades legais, e confere um mínimo de previsibilidade, garantidora da segurança jurídica nas relações privadas internacionais. Esse método constitui medida positiva e plausível para a eficácia dos Direitos contratuais em mercados englobados por integrações regionais.

As experiências de integração normativa, técnicas de aproximação dos diversos ordenamentos jurídicos existentes, com o intuito de reduzir as diferenças jurídicas entre eles, variaram frequentemente entre dois métodos principais, como dito: harmonização e uniformização. De acordo com o Professor Joseph Issa-Sayegh<sup>180</sup>, estes dois métodos são assim caracterizados: a harmonização ou coordenação é a técnica que consiste em aproximar sistemas jurídicos de origens divergentes para lhes proporcionar coerência entre eles, reduzindo ou suprimindo as suas diferenças e contradições, de maneira a obter resultados compatíveis entre si e com os objetivos comuns pretendidos.

Já a uniformização ou unificação do Direito é, *a priori*, uma forma mais radical de integração jurídica. Esta consiste em instaurar, numa dada matéria jurídica, uma regulamentação única, idêntica em todos os pontos e imposta para todos os Estados-membros, em que não há espaço para diversidades legislativas. Sobre o tema, Me Kéba M'Baye<sup>181</sup> explica que uma convenção unificadora pode ser aplicável sem trazer consigo a obrigação de revogar o Direito nacional, desde que este não lhe seja contrário, e afirma que as leis uniformes contém regras substanciais que

---

<sup>180</sup> ISSA –SAYEGH, Joseph. *L'intégration juridique des Etats africains de la zone franc.* (A integração jurídica dos estados da Zona Francófona), in: Revue. PENANT n° 823 Janeiro – Abril de 1997, p. 5 e ss.

<sup>181</sup> M'BAYE, Me Kéba *apud* MOULOUL, Alhousseini. **Comprender a organização para a harmonização do Direito dos negócios em África** (O.H.A.D.A.) - Segunda Edição. Disponível em: <www.ohada.org>. Acesso em: 03. Set. 2012.

devem ser introduzidas em cada Estado para aí serem aplicáveis. Em sua opinião, a técnica da uniformização parece ser a preferida na maioria dos países do mundo, as leis uniformes devem ser transformadas em leis nacionais e serem tão completas quanto possível, a fim de evitar interpretações divergentes e assim conferir maior segurança jurídica.

No mesmo ano de criação da UNCITRAL, órgão da ONU voltado para o movimento uniformizador no campo do Direito Comercial Internacional, em 1966, Oscar Tenório<sup>182</sup> já falava em seu livro, intitulado *Direito Internacional Privado*, da tendência mundial à uniformização de normas. O fim principal do DIPr é a aplicação da lei estrangeira em determinado país, inicia o autor; como as legislações não apresentam as mesmas características, os conflitos de leis formam elemento peculiar aos Estados, de modo que apenas a existência e a permanência desses conflitos justificam e explicam o DIPr.

Entretanto, relata Oscar Tenório que desde o século XIX já se buscava a uniformização das regras de conflitos de leis no DIPr, ou o estabelecimento de um Direito uniforme. O sistema da uniformidade sugerido e ampliado, respectivamente, pelos holandeses Asser e Jitta, é irrealizável, além disso, os tribunais dos diversos Estados chegariam fatalmente a hermenêuticas contraditórias, conclui o autor.

Por outro lado, houve ainda um suspiro de esperança destes renomados juristas quanto ao critério da solução uniforme dos conflitos de leis ao reconhecerem que era o que se ajustava à realidade da vida internacional. Posteriormente, na VI Conferência Pan-Americana, em Havana, patenteou-se a uniformização como a melhor solução para diminuir ou atenuar os antagonismos resultantes da liberdade de cada Estado para legislar sobre o DIPr<sup>183</sup>.

Hoje, mais de quatro décadas após a criação da UNCITRAL e da publicação dos pensamentos do professor Oscar Tenório, a realidade está bastante evoluída. É verdade que a uniformização das normas de DIPr ainda não se completou inteiramente, mas, daquela época até os dias atuais, foram traçados objetivos bem definidos quanto ao que se deseja alcançar em termos de uniformização.

---

<sup>182</sup> TENÓRIO, Oscar. *Op. Cit.*, p. 23/26.

<sup>183</sup> TENÓRIO, Oscar. *Op. Cit.*, p. 25.

Constata Nadia de Araujo<sup>184</sup> que a tendência moderna é uniformizar as normas de conflito de leis para promover a certeza jurídica necessária ao bom andamento dos negócios no comércio internacional.

Para o DIPr, a normatização de temas correlatos aos contratos internacionais tem recebido importante contribuição de processos de integração regionais. Sabe-se que esta é a realidade em pelo menos duas experiências, uma em território europeu (a agora União Européia) e uma no continente americano (MERCOSUL). Em tais processos de integração econômica, o ponto principal é regular as relações de caráter público do comércio intrazonal, as compras governamentais, os subsídios à agricultura, entre outros. Mas também não pode deixar de apresentar soluções para os possíveis conflitos advindos das diferenças existentes entre os ordenamentos jurídicos envolvidos, os quais cuidam das relações privadas entre os comerciantes que compõem as associações econômicas.

A interdependência econômica, responsável pela reorganização do globo em blocos regionais de integração, ressalta a necessidade de implementação de medidas e mecanismos harmônicos entre os Estados-Membros dessas organizações internacionais, a fim de diminuir a existência de conflitos de leis que obstem a efetivação dos direitos dos contratantes, consideram Ludmila Silva e Heloisa Paiva<sup>185</sup>.

No atual contexto da globalização, o comércio não está limitado por fronteiras e, em virtude disto, há a exigência de um imenso esforço por parte dos contratantes, tendo em vista que não há uniformidade de leis para os contratos internacionais. Senão a uniformização, pelo menos a harmonização das leis faz-se necessária, posto que, havendo diversos ordenamentos com regras de conexão de DIPr muitas vezes divergentes, torna-se difícil garantir celeridade às contratações do comércio internacional. Com a harmonização, não se teria o Direito de um Estado predominante sobre o Direito de outro, mas a permissibilidade de, diante de situações especiais, poderem ser flexibilizados, de modo a favorecer a aplicação ora de um, ora de outro, sem confrontos.

Contudo, os conflitos também podem ser solucionados através da criação de um Direito Uniforme, que elimine total ou parcialmente a diversidade legislativa mediante o estabelecimento de normas materiais ou substantivas sobre determinada

---

<sup>184</sup> ARAUJO, Nadia de. *Op. Cit.*, 2004, p.133.

<sup>185</sup> SILVA, Ludmila de Paula Castro; e PAIVA, Heloísa Assis de. *Op. Cit.*

matéria. E, para mitigar os efeitos da diversidade jurídica, explica Lauro Gama Júnior<sup>186</sup> que foram estabelecidos mecanismos de harmonização, unificação e uniformização do Direito, como formas de aproximação jurídica. Tal objetivo leva em consideração os diferentes ordenamentos jurídicos existentes e a ausência de uma unidade legislativa.

A harmonização consiste em um processo mais maleável do que a uniformização, pois, não implica na adoção de normas uniformes. Trata-se da aproximação de critérios jurídicos fundamentados em doutrina comum, com a finalidade de que legisladores e juízes nacionais possam a ela recorrer para solucionar um conflito. Assim, supõe-se que a harmonização é um processo de aproximação jurídica mais adequado, enquanto que a substituição do direito nacional pelo Direito Uniforme não é uma opção viável.

A harmonização busca um ajuste ou conciliação de normas já existentes nos diversos ordenamentos jurídicos objetivando a pacificação da aplicação de regras já consagradas. Trata-se de uma combinação de elementos para formar um todo coerente, preservada a individualidade daquelas regras. É um trabalho de reconhecimento e conciliação de divergências entre as normas dos diferentes países em busca da aproximação dos efeitos jurídicos de uma situação fática que envolva sistemas jurídicos diversos<sup>187</sup>.

No entanto, a uniformização trata-se da ideia de criação de um conjunto padronizado e único de regras cuja aplicação se destina ao maior de Estados possível, objetivando a aplicabilidade normativa de alcance mundial e de forma idêntica, unificada. A proposta da uniformização representa a eliminação do contraste entre as normas conflituais ou materiais, substitui em parte o Direito nacional através de normas uniformes sobre determinado assunto, ajustadas por meio de convenções ou tratados internacionais.

Quando se obtém a uniformização, a partir da padronização de normas, o resultado é a adoção de um texto comum por vários países, por meio da ratificação ou incorporação de uma lei-modelo, suscetível de aplicação direta pelos tribunais locais ou de revisão judicial por uma corte supranacional.

---

<sup>186</sup> JÚNIOR, Lauro Gama. **Contratos internacionais à luz dos princípios do UNIDROIT 2004: soft law, arbitragem e jurisdição**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 181/182.

<sup>187</sup> JÚNIOR, Lauro Gama. *Op. Cit.*, p. 184/185.

Ao passo que a uniformização jurídica é o processo de aproximação das normas de conflito (normas de DIPr), sem envolver as normas nacionais de Direito material, que permanecem intocadas. Paulo Borba Casella<sup>188</sup> defende que este processo garante maior previsibilidade à solução de conflitos, uma vez que o Direito aplicável tende a ser o mesmo, independente do país em que se instaure a lide.

Já, a unificação de leis nacionais tem pouca aplicabilidade na esfera do comércio internacional, podendo, até mesmo, ser prejudicial àqueles países que já possuem leis consolidadas e coerentes com a conjuntura internacional, se posicionam Ludmila Silva e Heloisa Paiva<sup>189</sup>.

Ao tratar dos instrumentos de uniformização do Direito nos contratos internacionais, Clive Schmitthoff<sup>190</sup> analisa os vários tipos de regulação existentes do comércio internacional: 1) normas uniformes que se aplicam a qualquer tipo de transação, sem limitações aos tipos contratuais; 2) modelos de contratos padronizados que visam à regulamentação de transações comerciais específicas; e 3) condições gerais habitualmente utilizadas pelas partes contratantes em determinadas transações, como operações de comércio exterior no âmbito de contratos de importação e exportação.

Segundo Ralph Amissah<sup>191</sup>, existem duas formas institucionais de uniformização do Direito nos contratos internacionais: 1) as regras e princípios propostos por instituições internacionais, como os Princípios Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais (UNIDROIT) ou as regras uniformes editadas pela Câmara de Comércio Internacional (*Incoterms*); e 2) os tratados e convenções, como a Convenção de Roma de 1980, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais e a Convenção do México de 1994, sobre Direito aplicável aos contratos internacionais.

No âmbito europeu de integração, destinou-se ao Direito Comunitário a função de adequar os princípios disciplinadores do comércio internacional às contratações intrazonais, na medida em que os objetivos da integração foram

---

<sup>188</sup> CASELLA, Paulo Borba. **Modalidades de harmonização, unificação e uniformização do direito: o Brasil e as convenções internacionais de direito internacional privado**. In: CASELLA, Paulo Borba; ARAÚJO, Nádia (coord.). *Integração jurídica interamericana*. São Paulo: LTr, 1998, p. 78.

<sup>189</sup> SILVA, Ludmila de Paula Castro; e PAIVA, Heloísa Assis de. *Op. Cit.*

<sup>190</sup> Classificação de Clive Schmitthoff que classifica os tipos de regulação do comércio internacional em três grupos: *uniform rules of general character; standards contracts forms applying to specified international transactions; general terms of business*. In: SCHMITTHOFF, Clive M. *The export trade: the law and practice of international trade*. 6. ed. London: Stevens & Sons, 1975, p. 63.

<sup>191</sup> AMISSAH, Ralph. **Revisiting the autonomous contract: transnational contracting, trends and supportive structures**. Disponível em: <http://www.sisudoc.org>. Acesso em: 10 Jul. 2012.

adensados (aprofundamento da integração) e novos membros foram admitidos (alargamento da integração). No estágio mais avançado da União Européia, princípios foram unificados para possibilitar a incidência padronizada de regras regionais, não obstante o esforço contínuo de harmonização de princípios garantidores do desenvolvimento do bloco econômico.

A exemplo tem-se o UNIDROIT que contempla a padronização princípios que são próprios do direito privado, desempenhando influência direta na uniformização do DIPr em matéria de comércio internacional. E de outro lado, a UNCITRAL, comissão da ONU para o comércio internacional, que, assim como a ONU, se propõe a padronizar normas para o mundo inteiro, cuja tendência uniformizadora é bem aceita no âmbito comercial internacional.

Quanto ao MERCOSUL, ressalte-se tratar-se de uma modalidade de integração inspirada no modelo europeu que obteve êxito em alguns aspectos peculiares. Ao contrário do Direito Comunitário, na experiência européia, as questões de comércio no MERCOSUL tendem a ser resolvidas fazendo-se o uso de um Direito Internacional de Integração Regional, cujo principal elemento é a harmonização. No âmbito do MERCOSUL, não há um conjunto de regras contratuais próprias da realidade integrativa, havendo sim a coexistência de regras nacionais que tendem a ser equilibradas por mecanismos de harmonização.

No entanto, os tratados e convenções, salienta Thaís Cárnio<sup>192</sup>, possuem uma dificuldade na uniformização do Direito em razão do nível de primazia das regras uniformes face à autonomia da vontade nas relações contratuais. Explica a autora que se a lei uniforme não dispuser sobre sua aplicação facultativa, dificilmente os países desenvolvidos estarão dispostos a aprová-la, muito menos ratificá-la. Por outro lado, o caráter de obrigatoriedade evita a imposição de condições gerais e contratos-tipos pelas grandes corporações.

Instrumentos internacionais de uniformização e harmonização (princípios, normas, tratados e convenções) são ratificados por países com diferentes culturas e tradições jurídicas, e essas particularidades podem comprometer o objetivo de uniformizar as normas no âmbito contratual do comércio. Deve-se ainda lembrar de estabelecer instrumentos para manter e aprimorar o equilíbrio normativo que os

---

<sup>192</sup> CÁRNIO, Thaís Cíntia. *Op. Cit.*, p. 30/31.

processos de uniformização e harmonização do DIPr proporcionam aos agentes econômicos internacionais.

Dado às diferenças culturais e históricas que refletem na formação jurídica de cada Estado, é que se mostra mais interessante e viável o instrumento da harmonização do DIPr, pois, diferentemente da lei unificada, a lei harmonizadora pode ter ou não caráter vinculativo, obrigatório. Com o escopo de evitar o risco de insucessos, e de discórdias quanto à aplicação ou não do princípio da autonomia da vontade, a harmonização de normas e princípios comuns, se apresenta como instrumento mais adequado de construção legislativa internacional.

Em razão de seu caráter não obrigatoriamente vinculante, a harmonização legislativa do DIPr é uma prerrogativa essencial à efetivação do princípio da autonomia da vontade, além de conferir segurança jurídica ao acordo de vontades representado no contrato, garante as pretensões dos pactuantes, na conformidade de seus interesses livremente acordados.

Esse processo de integração de normas não é novidade na América Latina, pois, desde o século XIX trabalha-se para uniformização do DIPr como se verifica nas iniciativas de Lima (1877), Montevideu (1889-1940) e Havana (1928). No final do século XX, a Organização dos Estados Americanos – OEA, mais antigo organismo regional do mundo<sup>193</sup>, a partir dos fins da década de 40, retomou essa ideia e passou a trabalhar para a unificação e harmonização do DIPr.

O MERCOSUL reflete a tendência uniformizadora que preside a OEA, uma vez que a OEA encontra seu reflexo nas normas do MERCOSUL, o que se verifica a partir da análise dos seguintes documentos: Protocolo de Las Leñas sobre cooperação e assistência jurisdicional em matéria civil, comercial, trabalhista e administrativa e seu Acordo Complementar; o Protocolo de Assistência jurídica mútua em assuntos penais; o Protocolo de medidas cautelares; o Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdição internacional em matéria contratual; o Protocolo de São Luiz em matéria de responsabilidade civil emergente de acidentes de trânsito entre os Estados-parte do Mercado Comum do Sul - MERCOSUL.

No que concerne à situação do Brasil, nesse contexto de uniformização/harmonização de normas de DIPr voltadas para a regência do comércio internacional, verifica-se que a principal carência legislativa está na seara

---

<sup>193</sup> Criado em 1890 e fundado em 1948.

da escolha da lei aplicável e do foro competente para dirimir litígios decorrentes da relação mercantil de cunho internacional. O principal entrave normativo, no Brasil, é o impasse quanto ao reconhecimento, pela legislação interna, do princípio da autonomia da vontade das partes na escolha da lei aplicável aos contratos internacionais.

Há esforços para unificação internacional do Direito através de convenções internacionais de caráter multilateral, atos legislativos supranacionais e leis modelo. Alguns exemplos são o UNIDROIT, os *Incoterms*, a UNCITRAL, a Convenção de Roma de 1980, a Convenção do México de 1994, entre outros, e todos esses instrumentos são abordados no presente trabalho com o objetivo de analisar o tratamento dispensado à autonomia da vontade das partes na contratação internacional.

No caso concreto, como o Brasil não ratificou quaisquer tentativas normativas de uniformização, impõe-se a adequação das normas nacionais já existentes, promovendo uma harmonização legislativa interna, que depende muito da interpretação doutrinária e jurisprudencial quanto à aceitação ou não do princípio da autonomia da vontade.

A autonomia da vontade chega a ser considerada um princípio geral do Direito, reconhecido pelos países civilizados, além de princípio base do DIPr, mas no Direito interno, seu reconhecimento não resta claro nem pacífico.

A preocupação com o princípio da autonomia da vontade, a partir deste momento, toma posição central nesta pesquisa ante os métodos de unificação e harmonização legislativa que passam a ser abordados com maior profundidade, em razão da sua relevância no contexto do comércio internacional moderno, cenário do presente estudo.

#### 4.2 VANTAGENS DA HARMONIZAÇÃO

Em palestra proferida na segunda edição do Seminário de Sensibilização para a Harmonização do Direito dos Negócios na África, realizado em Niamei, capital do Níger, em Junho de 1999, M. Aregba Polo, Secretário Permanente da Organização para Harmonização do Direito dos Negócios na África – OHADA, iniciou o evento com a seguinte colocação: “A globalização da economia exige a harmonização dos

direitos e das práticas jurídicas. A OHADA é ao mesmo tempo fator de desenvolvimento econômico e motor da integração regional.”<sup>194</sup>

A partir de iniciativas como a da OHADA, percebe-se a mudança de rumo do DIPr em direção à uniformização e harmonização de normas, a fim de facilitar, agilizar e conferir maior segurança às modernas rotas de comércio transfronteiriço, resultado do reposicionamento das potências mundiais; que passou a exigir uma readaptação do Direito para atender às novas necessidades.

Por ocasião do Seminário da OHADA, o Professor Joseph Issa-Sayegh<sup>195</sup> apontou os seguintes fatores como geradores do fenômeno da mundialização ou globalização do Direito:

- O enfraquecimento da soberania dos Estados seguido do reforço das facilidades de estabelecimento, de circulação de pessoas, de bens, de serviços e de fatores de produção;
- O acordo claro dos regimes jurídicos aplicáveis às atividades econômicas, qualquer que seja o local da sua realização;
- A união dos direitos e obrigações comuns a todos os atores econômicos ou àqueles que exercem as suas atividades (Código de Conduta das Empresas);
- A tendência clara e constante de desnacionalização da resolução de conflitos de natureza econômica (arbitragem e processos não jurisdicionais);

A harmonização de legislações apresenta vantagens que permitem a inserção do Brasil no circuito do comércio internacional moderno. Preocupação que também motivou os africanos. Por ocasião do Seminário da OHADA, realizado no Abijão, Costa do Marfim, em Abril de 1993, Me Kéba M'Baye<sup>196</sup> expôs considerações favoráveis à harmonização do Direito em todo o continente africano. Segundo Me Kéba M'Baye a fragmentação do Direito comum na África é um entrave ao progresso que só pode ser conseguido em conjunto, por outro lado, no plano nacional alguns textos são promulgados, enquanto que outros, na mesma área, não são revogados.

Entretanto, no estágio atual, ainda persiste a incerteza dos operadores econômicos sobre a regra legal aplicável ao comércio internacional. Esta incerteza é um grande obstáculo ao investimento, por isso, a grande vantagem de se proceder à harmonização/uniformização.

---

<sup>194</sup> M. Kirsch. *Historique de l'OHADA* (Histórico da OHADA) in: Revue Penant n° especial OHADA n° 827 Maio – Agosto 1998 pp. 1.

<sup>195</sup> ISSA-SAYEGH, Joseph; LOHOUES-OBLE, Jacqueline. *Op. Cit.*, p. 5/6.

<sup>196</sup> M'BAYE, Me Kéba *apud* MOULOUL, Alhousseini. *Op. Cit.*

Essa insegurança jurídica é definida por Philippe Tiger<sup>197</sup> como sendo a situação de incerteza na qual se pode encontrar um operador econômico sobre um eventual procedimento no qual este possa ser parte, bem como a sua impotência para mudar o rumo da justiça, se necessário, para torná-la mais equitativa.

A ela se acresce a insegurança judiciária, que é retratada pelo autor como a consequência da insuficiente formação de magistrados e de auxiliares da justiça, por um lado em matéria econômica e financeira, e por outro lado pela escassez de recursos humanos e materiais de que as jurisdições geralmente precisam ser dotadas.

Os dois tipos de inseguranças, tanto a jurídica quanto a judiciária, são visualizadas nitidamente na jurisdição brasileira, em que se identificam dificuldades no reconhecimento de princípios aplicados em âmbito internacional, o que leva a uma perda de confiança no sistema judiciário do Estado e, conseqüentemente, à hesitação dos potenciais investidores nas relações comerciais com o Brasil, e o resultado é o aumento do “risco Brasil”.

De acordo com M. Kirsch<sup>198</sup>, são muitas as vantagens da harmonização jurídica:

- Disponibilização aos Estados de textos jurídicos redigidos de forma simples e tecnicamente bem elaborados, quaisquer que sejam os seus recursos humanos;
- Facilitação das trocas transfronteiriças e criação de condições para a livre concorrência;
- Comunicação e troca de experiências sobre técnicas modernas de gestão de empresas;
- Restauração da confiança jurídica e judiciária;
- Encorajamento de grandes investimentos privados no País;
- Promoção da arbitragem como instrumento rápido e discreto de resolução dos conflitos comerciais;
- Eliminação de conflitos de leis no espaço juridicamente harmonizado;

Com a harmonização jurídica, é evidente que, para uma empresa que exerce sua atividade em diversos países, a unidade das regras aplicáveis facilita

---

<sup>197</sup> TIGER, Philippe. *Le droit des affaires en Afrique* – OHADA. (O Direito dos negócios na África – OHADA). *Que sais-je?* Ed. PUF, Nov. 1999 P. 2.

<sup>198</sup> M. Kirsch. *Op. Cit.*

consideravelmente suas operações, quer se tratem da sua organização jurídica, do seu funcionamento ou das suas trocas comerciais e financeiras<sup>199</sup>.

As regiões integradas são mais atrativas para os investimentos internacionais e possuem um rol de vantagens em termos de infra-estrutura e de instituições seguras e duradouras, o que representa uma via de fácil acesso e de maior credibilidade, ao mesmo tempo em que permite melhorar o fluxo de investimentos, acelerar o desenvolvimento e alinhar o Direito na globalização.

Com relação à situação das normas brasileiras face ao comércio internacional, o Direito em vigor no País não está adaptado às necessidades da negociação econômica mundial, há uma inegável incerteza no ordenamento jurídico nacional quanto a um dos princípios mais importantes praticados no Direito Internacional: a autonomia da vontade das partes na escolha da lei aplicável aos contratos internacionais.

Como referido, as oscilações do Estado brasileiro a respeito do reconhecimento deste princípio desqualificam suas próprias intenções em desenvolver sua integração comercial, haja vista a insegurança jurídica instaurada no que tange à relação contratual internacional em casos que envolvem a eleição de foro internacional e a escolha da lei aplicável ao contrato a partir da autonomia da vontade das partes.

O entrave da legislação brasileira ao não abordar de forma clara a aceitação ou não do princípio da autonomia da vontade eleva os níveis de instabilidade das relações comerciais do Brasil com outros países, pois reflete o despreparo desse sistema legal em plena mundialização da economia. Em verdade, a resolução deste problema perpassa pela adequação da legislação nacional em matéria de contratos internacionais.

Nesse cenário em que as regras nacionais destoam das normas praticadas internacionalmente, a insegurança jurídica se deve ao fato de que muitos dos textos aplicáveis ao Direito interno são antigos e desatualizados, de modo que seu entendimento e interpretação pelos operadores modernos torna-se deficiente e atrapalha a evolução do DIPr brasileiro.

---

<sup>199</sup> MOULOUL, Alhousseini. **Comprender a organização para a harmonização do direito dos negócios em África (O.H.A.D.A.)** - Segunda Edição. Disponível em: [www.ohada.org](http://www.ohada.org). Acesso em: 03. Set. 2012.

Transmitir segurança, tanto jurídica quanto judiciária, é uma das condições fundamentais para conquistar a confiança dos investidores nacionais e internacionais, além de proporcionar um comércio internacional seguro, dinâmico e moderno. Quando se trata de comércio em escala mundial, não há desenvolvimento econômico e social duradouro sem um quadro jurídico propício aos investimentos, principalmente diante da celeridade característica das negociações atuais, na era virtual.

Para acompanhar a velocidade da contratação internacional e das novas regras do mercado praticadas mundialmente, a harmonização age no sentido de conferir segurança jurídica e judiciária às contratações, além de favorecer a integração econômica.

#### 4.3 VANTAGENS DA UNIFORMIZAÇÃO

De acordo com Rogério de Andrade<sup>200</sup>, o crescimento econômico fomenta o Direito homogêneo, que entende ser a harmonização e a uniformização global do Direito, as quais se constituem muito mais pelas necessidades da economia do que pelo consenso em torno de uma concepção global de justiça ou pela construção de uma unidade política global.

Nesse sentido age o processo de integração internacional dos mercados, fortemente impulsionado pela inovação tecnológica, e o sustento da reprodução do capital que requer uma produção jurídica global através da uniformização do Direito.

Trata-se da homogeneização do Direito, tendo em vista as demandas decorrentes da interdependência econômica entre os países. Explica Andrade que a estruturação mundial dos mercados somente se torna plausível por meio da institucionalização de direitos no âmbito dos Estados nacionais. Fala-se da relativização da soberania dos Estados em relação à economia, que antes era absoluta e hoje cuida-se de um poder relativo, pois não há mais mercados isolados sujeitos tão somente aos instrumentos jurídicos internos.

Diante da integração internacional dos mercados, a ciência jurídica precisa lidar com a inovação tecnológica advinda da sociedade globalizada, passando a

---

<sup>200</sup> ANDRADE, Rogério Emilio de. **Direito homogêneo**: harmonização, uniformização e ambivalência do Direito nacional. Tese de Doutorado/USP. Disponível em: <[www.teses.usp.br](http://www.teses.usp.br)>. Acesso em: 07 set. 2012.

regular essa nova realidade de forma equivalente, internacionalizada. A integração econômica leva à uniformização do Direito, inevitavelmente, uma vez que é através da técnica de uniformização que os Estados adotam de modo uniforme as instituições imprescindíveis ao desenvolvimento do comércio internacional.

O modelo de economia de mercado é de um sistema em que impera a livre iniciativa, se caracteriza pela propriedade privada dos meios de produção e pela liberdade contratual. Além de se desenvolver sem a intervenção estatal, o mercado é o próprio mecanismo coordenador e regulador da dinamicidade da atividade econômica deste modelo<sup>201</sup>. O comércio internacional se encaixa neste modelo de economia de mercado, atualmente praticado no mundo inteiro, e para que a contratação em âmbito global funcione, exige-se que algumas instituições jurídicas estejam muito bem definidas e reguladas nos seguintes aspectos<sup>202</sup>:

- Quanto à criação do mercado internacional, exigem-se propriedade privada e legislação para execução dos contratos;
- Quanto à regulamentação do mercado internacional, exigem-se órgãos reguladores e mecanismos para correção de falhas de mercado;
- Quanto à estabilização do mercado internacional, exigem-se instituições monetárias e fiscais, além de instituições de regulamentação e supervisão;

E para atender a essas necessidades do comércio internacional, a uniformização se mostra uma técnica jurídica bastante eficaz, na medida em que permite a construção de uma unidade normativa que reconhece e respeita a heterogeneidade dos Estados. A grande vantagem da uniformização é conseguir conectar em nível mundial a pluralidade de fontes normativas oriundas dos diversos países que atuam no comércio internacional, o que possibilita a convergência e a segurança do comportamento econômico.

Com a uniformização, a estrutura piramidal, kelseniana, do ordenamento jurídico nacional se modifica. A norma fundamental superior, que se impõe sobre os comandos normativos inferiores, passa a ser substituída por uma estrutura em rede linear. A *lex mercatoria*, sintetiza essa transformação, pois ela não representa a vontade do legislador nacional, explica Rogério de Andrade<sup>203</sup>, mas sim a conduta das práticas comerciais surgidas no mercado mundial, os hábitos e costumes

---

<sup>201</sup> MENEZES, Carla Cristina Costa de. **Made in China**: fenômeno que levou o Brasil a reconhecer a China como economia de mercado. Recife: Nossa Livraria, 2011, p. 71.

<sup>202</sup> RODRIK, Dani. **Growth strategies**. Cambridge: National Bureau of Economic Research, 2003. Disponível em: <www.nber.org>. Acesso em: 07 set. 2012.

<sup>203</sup> ANDRADE, Rogério Emilio de. *Op. Cit.*

decorrentes da integração internacional do comércio, assim, a norma é produto do mercado e não da soberania estatal.

Para Neimar Batista<sup>204</sup>, as regras do comércio internacional clamam por um ordenamento supranacional, sem interferência estatal, flexível face à evolução das transações internacionais, fluido para permitir a assimilação de novas tecnologias e que promova segurança jurídica às relações do mercado internacional. Nessa linha de pensamento, tem-se a *lex mercatoria*, fundada na prática contratual de toda comunidade internacional, que envolve atividades mercantis, de navegação, de seguro e de operações bancárias; um verdadeiro sistema legal supranacional que representa um conjunto sistematizado e uniforme de regras aplicáveis ao mercado internacional.

Conclui Batista que a formação de um sistema jurídico a partir da *lex mercatoria* constitui uma tendência irreversível, aceita principalmente por adotar a arbitragem para a solução de conflitos e por contemplar a autonomia da vontade das partes como princípio inerente à sua constituição. Berthold Goldman<sup>205</sup> afirma que a existência de uma nova *lex mercatoria* enfatiza que as regras aplicáveis ao comércio internacional parecem escapar ao império de um Direito estatal, em direção a um Direito Uniforme, integrado na legislação dos Estados que tenham a ele aderido.

A criação da Organização Mundial do Comércio (OMC), em 1995, constitui um marco nesse processo, como afirma o embaixador brasileiro Mesquita<sup>206</sup>, para quem a OMC consolidou-se como administradora do conjunto fundamental de regras para o comércio internacional: o sistema de comércio multilateral.

Na atualidade, a busca é por um sistema internacional integrado, livre de ambiguidades, que possibilite maiores garantias às transações do mercado mundial. Constata-se a inovação deste ambiente a partir de novas tecnologias, novos produtos, adesão de novos mercados (antes fechados ao comércio internacional por razões políticas) formação de mercados comuns e a novidade do comércio eletrônico. Essa nova dinâmica da realidade não pode ser ignorada pelo Direito,

---

<sup>204</sup> BATISTA, Neimar. "**Lex mercatoria**": novas tendências e análise da viabilidade de um sistema de autônomo de normas internacionais. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18398>>. Acesso em: 08 set. 2012.

<sup>205</sup> GOLDMAN, Berthold. "**Frontières du droit et lex mercatoria**. In: Archives de Philosophie du Droit, 09 (Le droit subjectif en question). Paris: Sirey, 1964, p. 177/192

<sup>206</sup> MESQUITA, Paulo Estivallet de. **A Organização Mundial do Comércio**. Fundação Alexandre de Gusmão: Brasília, 2013, p. 10.

ordenamentos jurídicos nacionais precisam se adequar à principal exigência do novo mercado internacional: segurança jurídica de forma célere e eficaz.

Para tanto, os atores do comércio internacional passaram a criar um corpo sistematizado de regras próprias e uniformes para atender às novas exigências do mercado. Os esforços para unificação do DIPr são há muito conhecidos, e as discussões em torno da *lex mercatoria* refletem essa intenção de se conceber uma legislação uniforme para as relações comerciais internacionais.

Explica Neimar Batista<sup>207</sup> que as tentativas de criação de uma Agência Reguladora do Comércio Internacional, de onde emanem regras aplicáveis ao setor, não têm obtido êxito. Entretanto, a busca por uma regulação uniforme nesta seara verifica-se na CIDIP V e nos trabalhos do UNIDROIT. Ainda assim, é inegável neste intento a importância da nova *lex mercatoria*, conjunto de regras emanado de práticas comerciais, desvinculado de sistemas jurídicos nacionais, mas dotada de força normativa para garantir eficácia e coercitividade ao comércio internacional.

O que falta à *lex mercatoria*, ainda, é a necessária segurança jurídica, encontrada nos sistemas jurídicos estatais que não se modifica pela simples alteração dos costumes; costumes que se apresentam em constante alteração pela dinâmica comercial internacional. Entretanto, não se pode negar a evidência de que a nova *lex mercatoria* se apresenta como um sistema normativo (embora não estatal) capaz de atender às necessidades daquele comércio.

A ampliação do sistema jurídico desenvolvido na Europa Medieval a partir dos costumes dos comerciantes para os contratos internacionais, a nova *lex mercatoria* possui inegável tendência uniformizadora, inaugurando, na visão de Goldman<sup>208</sup>, uma nova era para o DIPr, trouxe a possibilidade de regulação do comércio internacional a partir de normas próprias e modernas que atendem à evolução do setor.

Valerio de Oliveira Mazzuoli<sup>209</sup>, ao interpretar Goldman, conclui, então, que a *lex mercatoria* tem poder de coerção, pois estabelece sanção, apenas não é idêntica àquela conhecida pelo Direito interno estatal, como meio para se fazer valer o

---

<sup>207</sup> BATISTA, Neimar. *Op. Cit.*

<sup>208</sup> GOLDMAN, Berthold. *Op. Cit.*, p. 180.

<sup>209</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **A nova *lex mercatoria* como fonte do Direito do comércio internacional**: um paralelo entre as concepções de Berthold Goldman e Paul Lagarde. Disponível em: <http://www.nacionaldeDireito.com.br/doutrina/1216/a-nova-lex-mercatoria-como-fonte-do-Direito-do-com-rcio-internacional-um-paralelo-entre-as-concep-es-de-berthold-goldman-e-paul-lagarde>. Acesso em: 09 set. 2012.

respeito aos mandamentos de suas regras jurídicas. Por isso a dificuldade de se aceitar a *lex mercatoria* como um sistema jurídico completo, além de não emanar de uma coletividade politicamente organizada, cuja força coercitiva é irresistível.

Não obstante, a *lex mercatoria* pode servir de inspiração à uniformização das regras do comércio internacional, porquanto as praxes desse mercado superam as diferenças legislativas, fundadas em razões das mais diversas, inclusive de ordem econômica e ideológica.

A adoção de normas únicas para a regência dos contratos internacionais de comércio evita a colisão entre os diferentes Direitos nacionais. Particularizando para o Direito brasileiro, observa-se que, de pronto, deve ser afastado o descompasso com as regras estatais mais modernas, seja através da harmonização ou da uniformização; é importante superar a distância entre o Brasil e o mundo em matéria de contratação internacional.

Antes mesmo de decidir sobre a desejável uniformização, de construção mais demorada, é preciso ter ciência de que o caminho necessariamente passa através da ratificação de normas que harmonizem o DIPr ou os seus princípios.

#### 4.4 UNIFORMIZAÇÃO/HARMONIZAÇÃO DO DIREITO QUANTO À ESCOLHA DA LEI APLICÁVEL EM CONTRATOS INTERNACIONAIS: REGRAS E PRINCÍPIOS

##### 4.4.1 NO DIREITO INTERNACIONAL: UNIDROIT E *INCOTERMS*

Para Ronald Dworkin<sup>210</sup>, princípios são parâmetros que devem ser observados por exigência da justiça, da equidade ou de outra dimensão de moralidade, constituindo proposições primárias vinculadas a valores fundamentais da sociedade, exprimindo o que esta entende como justo.

Os princípios envolvem valores de justiça e de equidade, são importantes norteadores de um sistema, uma vez que atuam como vetores de determinado conjunto mandamental. Trata-se de pensamentos de uma regulação jurídica existente ou possível, são mandamentos de otimização que se caracterizam pelo

---

<sup>210</sup> DWORKIN, Ronald M. *Los derechos em serio*. Tradução de Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1999, p. 72.

fato de poderem ser cumpridos em diferentes graus, a depender das possibilidades, explica Thaís Cárnio<sup>211</sup>.

Em contrapartida, as regras não admitem gradações: ou são seguidas, ou não são. As regras não comportam exceções, diferentemente dos princípios que, embora conflitantes, permitem o balanceamento de valores e interesses, a fim de equilibrar o exercício de ambos. As normas são antinômicas, quando entram em conflito, excluem-se e não deixam saída a não ser o seu cumprimento, na medida de suas prescrições.

Os princípios são padrões juridicamente vinculantes, enquanto as regras, normas vinculativas de conteúdo meramente funcional. Lembra ainda a autora que os princípios são considerados como *soft law*, ou seja, é um comprometimento assumido pelas partes que não é imposto por regramento jurídico, pois a ideia de *soft law* refere-se a instrumentos desprovidos de caráter juridicamente cogente, diferindo das normas tradicionais (*hard law*), cuja obrigatoriedade é o elemento característico.

O Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado, ou simplesmente UNIDROIT é uma organização intergovernamental independente, com sede em Roma, na Villa Aldobrandini. Seu objetivo é explorar formas e métodos para a modernização, harmonização e coordenação do Direito privado entre Estados ou grupos de Estados, em particular do Direito Comercial, e para este fim, desenvolve instrumentos de Direito Uniforme, princípios e regras.

O Instituto foi criado em 1926 como órgão auxiliar da então Liga das Nações<sup>212</sup>, após a dissolução da mesma, ele foi reconstituído em 1940, em decorrência de um acordo multilateral, dando origem ao Estatuto do UNIDROIT.

Conta Jacob Dolinger<sup>213</sup> que, em 1928, por ocasião da fundação de um Instituto Internacional encarregado da unificação do Direito Privado, em Roma, o governo brasileiro recebeu o convite para se manifestar a respeito, e coube a Clóvis Beviláqua opinar, em parecer, pela possibilidade de uniformização.

---

<sup>211</sup> CÁRNIO, Thaís Cíntia. *Op. Cit.*, p. 56/59.

<sup>212</sup> Sociedade das Nações, também conhecida como Liga das Nações, foi uma organização internacional, a princípio idealizada em 28 de abril de 1919, em Versalhes, nos subúrbios de Paris, onde as potências vencedoras da Primeira Guerra Mundial se reuniram para negociar um acordo de paz. Sua última reunião ocorreu em abril de 1946.

<sup>213</sup> DOLINGER, Jacob. *Op. Cit.*, p. 165/166.

O UNIDROIT, além de regras materiais de Direito privado uniformizadas, contém comentários e exemplos, que compõem os princípios formulados pelo Instituto. Tem como membros Estados de cinco continentes que aderiram a seu Estatuto orgânico e representam vários sistemas jurídicos, econômicas, políticos além de diferentes tradições culturais.

São ao todo 63 Estados-Membros: África do Sul, Alemanha, Arábia Saudita, Argentina, Austrália, Áustria, Bélgica, Bolívia, Brasil, Bulgária, Canadá, Chile, China, Chipre, Colômbia, Croácia, Cuba, Dinamarca, Egito, Espanha, Estônia, Estados Unidos, Federação Russa, Finlândia, França, Grécia, Hungria, Índia, Indonésia, Irã, Iraque, Irlanda, Israel, Itália, Japão, Letônia, Lituânia, Luxemburgo, Malta, México, Nicarágua, Nigéria, Noruega, Paquistão, Paraguai, Holanda, Polônia, Portugal, República da Coreia, República da Sérvia, República Tcheca, Romênia, Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte, San Marino, Santa Sé, Eslováquia, Eslovênia, Suécia, Suíça, Tunísia, Turquia, Uruguai e Venezuela<sup>214</sup>.

O Instituto é financiado por contribuições anuais de seus Estados-Membros que são fixadas pela Assembléia Geral e por uma contribuição de base anual do Governo italiano; onde tem sua sede (Roma). Também pode receber contribuições extra-orçamentais para projetos ou atividades específicas. Os idiomas oficiais do UNIDROIT são alemão, inglês, espanhol, francês e italiano, e suas línguas de trabalho são inglês e francês. O UNIDROIT tem uma estrutura tripartite, composta pela Secretaria, Conselho Diretivo e Assembléia Geral.

A Secretaria é o órgão executivo do UNIDROIT, responsável pela implementação do seu Programa de Trabalho, subordina-se à direção do Secretário-Geral que é nomeado pelo Conselho Diretivo e indicado pelo presidente do Instituto. O Secretário-Geral é assistido por uma equipe de funcionários internacionais.

O Conselho Diretivo, composto por um membro *ex officio*, o presidente do Instituto, de vinte e cinco membros eleitos entre juízes, advogados e professores universitários, além de funcionários do governo, tem a função de determinar os meios para atingir os objetivos estatutários do UNIDROIT e de supervisionar os trabalhos da Secretaria.

A Assembléia Geral é o órgão supremo de decisão do Instituto, é responsável pela votação do orçamento anual, aprovação de seu programa de trabalho a cada

---

<sup>214</sup> Fonte: página institucional do UNIDROIT em <http://www.unidroit.org>

três anos e nomeação dos membros do Conselho Diretivo, para um mandato de cinco anos. É constituída por um representante governamental de cada Estado-Membro.

A Presidência da Assembléia Geral é ocupada pelo embaixador de um Estado-Membro da Organização, pelo mandato de um ano.

Conforme previsto em seu Estatuto, o objetivo do UNIDROIT é a elaboração de regras uniformes modernas e, quando necessário, a harmonização do Direito privado. No entanto, incursões no Direito público, ocasionalmente, revelam-se necessárias, considerando a dificuldade na elaboração de limites jurídicos precisos entre o público e o privado, e o entrelaçamento de aspectos transacionais e normativos.

Desde 1971 o UNIDROIT propõe a formulação de regras gerais aplicáveis aos contatos mercantis internacionais e estabelece princípios que, de maneira uniforme, se aplicam ao comércio internacional através de seus comitês piloto e grupos de trabalho compostos por especialistas de distintos sistemas jurídicos. Em 1994, foram publicados os “Princípios do UNIDROIT sobre os Contratos Comerciais Internacionais” com o objetivo de estabelecer um conjunto de regras sobre a matéria; destinadas à utilização por todos os países do mundo, independentemente das tradições legais e condições econômico-políticas<sup>215</sup>.

Explica Siqueiros<sup>216</sup> que a nova edição dos Princípios do UNIDROIT surgiu dez anos após a primeira publicação. Em 2004, a crescente prática da contratação eletrônica implicou na modificação das normas referentes à comunidade internacional do comércio. A edição de 2004 composta de 10 capítulos e 185 artigos, ampliou a edição de 1994 que possuía 7 capítulos e 120 artigos.

Não obstante, o propósito do UNIDROIT, ou do Instituto de Roma, continua sendo o de oferecer à comunidade mercantil internacional um instrumento de regras gerais que os atores internacionais possam voluntariamente adotar em seus contratos ou optar pela sua aplicação subsidiária, o que é possível desde 2004, em caso de não haverem escolhido a UNIDROIT como lei aplicável ao contrato.

---

<sup>215</sup> SIQUEIROS, José Luis. *Los nuevos principios de UNIDROIT (2004) sobre contratos comerciales internacionales*. In: BARROSO, Luís Roberto e TIBURCIO, Carmen (organizadores), *O Direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Jacob Dolinger*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 560.

<sup>216</sup> *Ibidem*, p. 561.

Geralmente, a escolha de um tema para uma harmonização ou unificação depende em grande parte da vontade dos Estados, que precisam considerar a alteração da sua legislação nacional para dar prioridade a um assunto específico, para o qual se deseja uma nova solução a ser adotada em nível internacional. As inovações tecnológicas e comerciais, que tendem a ser transnacionais em razão de sua própria natureza, ocasionam outros conflitos e por sua vez demandam estratégias que devem ser harmonizadas e amplamente aceitas.

Tais considerações também são feitas na fase de delimitação do âmbito de incidência das regras uniformes, se serão aplicadas apenas em relações transfronteiriças ou se também se estenderão a relações internas. Embora também sejam tratadas questões não comerciais, os temas de Direito Comercial correspondem à maior parte das iniciativas de harmonização internacional.

Pela natureza intergovernamental da Organização, as regras elaboradas pelo UNIDROIT tomam tradicionalmente a forma de convenções internacionais, cuja aplicação prevalece sobre o Direito interno, ao serem ratificadas pelos Estados-Membros. Quando o estabelecimento de regras uniformes parece prematuro, elas podem ser usadas como um guia legal de novas técnicas de negócios, estabelecendo novos padrões de organização dos mercados, tanto a nível nacional quanto internacionalmente.

Assim, o UNIDROIT trabalha também com métodos alternativos, que se tornam mais populares quanto ao propósito unificador, justamente por não serem obrigatórios. Como visto, são considerados *soft law*, como é o caso das leis modelo que podem ser utilizadas pelos Estados como minutas para discussão de normas no âmbito doméstico, bem como dos princípios gerais, que podem ser adotados pelas partes contratantes em suas transações<sup>217</sup>.

Com a finalidade de estudar as necessidades e os métodos de modernização, harmonização e coordenação do Direito privado, os princípios emanados pelo UNIDROIT servem de orientação para projetos de código ou podem ser aplicados por analogia na arbitragem comercial internacional. Um importante grupo de princípios emanados pelo UNIDROIT foram os PRINCÍPIOS UNIDROIT RELATIVOS AOS CONTRATOS COMERCIAIS INTERNACIONAIS, criados em 2004 e depois apresentados em nova versão em 2010, esse instrumento trouxe um sistema de

---

<sup>217</sup> CÁRNIO, Thaís Cíntia. *Op. Cit.*, p. 61/62.

princípios e regras comuns à maioria dos sistemas legais existentes, que se adapta às exigências do comércio internacional moderno.

No que tange à autonomia da vontade, logo em seu preâmbulo, é perceptível a sua consagração, uma vez que a codificação estabelece que a aplicação desse princípio deva se dar caso as partes tenham acordado que o seu contrato será regulado por aqueles princípios. Além disso, ainda no preâmbulo, encontram-se diversas recomendações de aplicação dos princípios relativos a contratos internacionais:

#### PRINCÍPIOS UNIDROIT RELATIVOS AOS CONTRATOS COMERCIAIS INTERNACIONAIS 2010

##### PREÂMBULO - (*O objetivo dos Princípios*)

Estes Princípios estabelecem regras gerais para contratos comerciais internacionais.

Devem ser aplicados caso as partes tenham acordado que o seu contrato será regulado por eles.

Podem ser aplicados caso as partes tenham acordado que o seu contrato será regulado por princípios gerais de direito, pela *lex mercatoria*, ou similares.

Podem ser aplicados caso as partes não tenham escolhido nenhuma lei para regular o seu contrato.

Podem ser usados para interpretar ou suplementar instrumentos internacionais de Direito Uniforme.

Podem ser usados para interpretar ou suplementar leis nacionais.

Podem servir de modelo para legisladores nacionais e internacionais<sup>218</sup>.

Previu-se ainda a autonomia das partes dentre o rol de princípios elencados pelo UNIDROIT no grupo dos contratos comerciais internacionais, conforme se vislumbra no texto ao artigo 1.1:

#### CAPÍTULO 1 – DISPOSIÇÕES GERAIS

##### ARTIGO 1.1 - (Liberdade contratual)

As partes são livres para celebrar um contrato e determinar-lhe o conteúdo.

Apesar desse artigo 1.1 representar uma flagrante manifestação da importância da liberdade de contratação no comércio internacional, é evidente que essa autonomia não é absoluta, é limitada por questões de interesse público, conforme se observa no artigo 1.4:

##### ARTIGO 1.4 - (Normas imperativas)

---

<sup>218</sup> Tradução feita pelo Professor Lauro Gama, Jr. (Professor de Direito da universidade Católica do Rio de Janeiro - PUC-RIO; e membro do grupo de trabalho de preparação do UNIDROIT.

Nenhuma disposição dos presentes Princípios restringirá a aplicação de normas imperativas, tenham elas origem nacional, internacional ou supranacional, que serão aplicadas de acordo com as regras de DIPr pertinentes.

A aplicação dos princípios será limitada primeiramente pelas normas imperativas do Direito aplicável ao contrato, ou seja, pela ordem pública enquanto reflexo da ordem jurídica vigente em determinado momento, numa determinada sociedade. Em síntese, o princípio da autonomia da vontade é consagrado nos Princípios UNIDROIT, mas essa autonomia não é plena, é limitada pelas normas imperativas, ou seja, pela ordem pública.

Analisando agora os *Incoterms*, *International rules for interpretation of trade terms* ou Termos Internacionais de Comércio, verifica-se que seu objetivo fundamental é disciplinar regras internacionais, de natureza facultativa, precisando a interpretação dos principais termos utilizados nos contratos de venda com o estrangeiro. Explica Irineu Strenger<sup>219</sup> que o escopo principal dos *Incoterms* é harmonizar os negócios internacionais, conferindo aos seus partícipes maior solidez relativamente aos diferentes entraves que surgem inevitavelmente no processo comercial.

Apoiados nos *Incoterms*, regras de caráter harmonizador e não vinculante, os comerciantes não apenas conferem maior segurança às suas atividades, como também evitam as incertezas decorrentes das diversidades legislativas existentes entre os países que atuam no comércio internacional.

A Câmara de Comércio Internacional de Paris publicou, em 1936, regras internacionais para interpretação dos termos comerciais conhecidos pela denominação de *Incoterms/1936*, que depois foram revisadas, e chamadas de *Incoterms/1953*. Ao elaborar uma série de regras, o Comitê de Termos Comerciais da Câmara inspirou-se nos seguintes princípios fundamentais, esclarece Strenger<sup>220</sup>: a) definir, com o máximo de precisão, as obrigações das partes; b) as regras foram estabelecidas segundo práticas correntes do comércio internacional, a fim de que pudessem ser adotadas pelo maior número de Estados possível; c) no caso de divergências notáveis apresentadas pelas práticas correntes, será mantido o

---

<sup>219</sup> STRENGER, Irineu. **Contratos internacionais do comércio**. 2ª Ed. São Paulo: Ltr, 1992, p. 261.

<sup>220</sup> *Ibidem*, 1992, p. 262/263.

princípio de que o preço estipulado no contrato concluído compreenderá as obrigações mínimas do vendedor.

Nos *Incoterms/2000*, cuja revisão dos termos seguiu uma tendência mundial de internacionalização das relações entre os países, revolução nos meios de comunicação e alterações nas práticas de transportes, são também conhecidos como Cláusulas de Preço, eis que, conforme a escolha, determinam os elementos que compõem o preço da mercadoria, adicionais aos custos de produção, explica Moura Franco<sup>221</sup>, advogado internacionalista.

Os referidos termos internacionais do comércio têm importância significativa, pois representam a linguagem universal em termos de comércio internacional. Essa uniformização promovida pelos *Incoterms* facilita a contratação internacional, especialmente entre empresas de nacionalidades diferentes, a parte que não tem domínio e conhecimento profundo de todos os aspectos da abrangência dos *Incoterms* está sujeita a riscos significativos em seus negócios, pois destas cláusulas defluem os riscos e responsabilidades que o exportador e o importador estão assumindo.

Na opinião de Moura Franco, a versão publicada em 2000 tem como ponto positivo uma apresentação bem mais simples e clara das treze definições que o compõem. E ressalta que os *Incoterms* sintetizam matérias relativas aos direitos e obrigações das partes no contrato, especialmente com relação à transferência de propriedade da mercadoria (tradição), custos e riscos inerentes às operações internacionais.

Lembra ainda o autor que os *Incoterms* são instrumentos usuais utilizados no comércio internacional, com vistas a facilitar a operacionalização de contratos de compra e venda e minimizar as diferenças entre as partes interessadas, geralmente de diferentes nacionalidades e culturas. São regras, imparciais, que visam à uniformização e à harmonização dos contratos internacionais de comércio. Os *Incoterms* foram recepcionados pelo Brasil.

---

<sup>221</sup> FRANCO, Paulo Sérgio de Moura. *Incoterms - Internacional Commercial Terms*. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/3564/incoterms-internacional-commercial-terms>. Acesso em: 10 jul. 2012.

Na análise da Resolução nº 21 da Câmara de Comércio Exterior (CAMEX)<sup>222</sup> de 07 de abril de 2011, que aprova os *Incoterms/2010* e permite, nas exportações e importações brasileiras, a aceitação de quaisquer condições de venda praticadas no comércio internacional, desde que compatíveis com o ordenamento jurídico nacional, identifica-se que o princípio da autonomia da vontade foi contemplado por meio da sigla OCV (Outra Condição de Venda), conforme se verifica no texto original do art. 2º da Resolução nº 21:

Art. 2º Para fins de identificação da condição de venda praticada, nos documentos e registros de controle dos órgãos da Administração Federal, deverão ser adotados os seguintes códigos:

I – Termos Internacionais de Comércio (*Incoterms*) discriminados pela International Chamber of Commerce (ICC) em sua Publicação nº 715E, de 2010:

(...)

II – Condições de venda não disciplinadas pela publicação nº 715E, de 2010, da ICC:

Código	Descrição
OCV	OUTRA CONDIÇÃO DE VENDA  Utilizável em operação que não se enquadre em qualquer das situações descritas nesta Resolução.

Entende Larissa Silveira<sup>223</sup>, advogada e professora de Direito Internacional Econômico da UNISUL, que, com a cláusula OCV, o exportador e o importador poderão estabelecer os termos que assim acharem melhor, ou designar outros que não estão previstos na Resolução nº 21. Poderão, inclusive, utilizar aqueles termos de condições de compra e venda que já não estão mais presentes nos *Incoterms/2010*, fazendo esta observação no contrato ou nos documentos de negociação.

Lembrando que, desde o seu art. 1º a Resolução em questão deixa claro que outras condições de venda praticadas no comércio internacional são aceitas no Brasil, desde que compatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro, conforme se verifica a seguir:

<sup>222</sup> Decreto nº 4.732 de 10 de junho de 2003 dispõe sobre a Câmara de Comércio Exterior-CAMEX, do Conselho do Governo que tem por objetivo a formulação, adoção, implementação e a coordenação de políticas e atividades relativas ao comércio exterior.

<sup>223</sup> SILVEIRA, Larissa Miguel da. **Direito internacional econômico & Direito do comércio internacional**. Disponível em: <http://internacionaleconomico.blogspot.com.br/2011/05/camex-aprova-resolucao-n-21.html>. Acesso em: 10 jul. 2012.

“Art. 1º Nas exportações e importações brasileiras, serão aceitas quaisquer condições de venda praticadas no comércio internacional, desde que compatíveis com o ordenamento jurídico nacional.”

Ou seja, o princípio da autonomia da vontade das partes, também foi previsto nos *Incoterms/2010*, sendo, portanto, permitida e reconhecida sua utilização no Direito brasileiro, haja vista a Resolução nº 21 da CAMEX, mas não de forma absoluta, pois encontra limitações na ordem pública, da mesma forma que ocorre com os princípios do UNIDROIT.

A adoção dos 11 *Incoterms* indicados pela Resolução nº 21 da CAMEX é facultativa. O objetivo é uniformizar e incentivar a utilização dos termos mais modernos e difundidos no comércio internacional, mas convém mencionar que os *Incoterms* não são as únicas cláusulas que devem constar em um contrato de compra e venda internacional, Larissa Silveira chama a atenção para o fato de que outras situações igualmente importantes, apesar de não obrigatórias, deveriam ser também estipuladas pelas partes, tais como: cláusula de lei aplicável ao ato jurídico, a cláusula de solução de controvérsias, entre outros. São condições extremamente importantes que, se bem acordadas, evitarão aborrecimentos e, principalmente, prejuízos.

Por meio da sigla OCV (Outra Condição de Venda), é permitida qualquer modalidade de compra e venda que convier, pois, os *Incoterms* são cláusulas que integram esses tipos de contrato, em esfera internacional, e que, além de organizar o comércio internacional através da uniformização de normas, reduz as chances de divergências entre comprador e vendedor tendo em vista a segurança jurídica que proporciona.

Por fim, é importante salientar que o uso dos *Incoterms*, embora opcional, é recomendável, haja vista sua grande aceitação e prática no comércio internacional. Uma vez adotados, os *Incoterms* passam a ter força legal, com o significado que lhes atribui a Câmara Internacional de Comércio. A má compreensão dos Termos pode ocasionar vultosos prejuízos, além disso, a fixação de outras cláusulas contratuais pode ser com ele incompatível, por isso, é necessário o conhecimento aprofundado em matéria de *Incoterms*.

É inquestionável o reconhecimento do princípio da autonomia da vontade no texto dos Termos Internacionais do Comércio/2010. Tal princípio está embutido na permissão de adoção pelos contratantes de quaisquer novos termos e condições,

ainda que não previstos nos *Incoterms/2010*. Esta abertura ao exercício da autonomia da vontade ocorre em razão da cláusula OCV, mas, vale alertar que tal cláusula deve constar no contrato, além disso, a autonomia não é plena, deve-se observar a compatibilidade da lei escolhida pelas partes com o ordenamento jurídico brasileiro.

#### 4.4.2 NO DIREITO BRASILEIRO

Não obstante a participação do Brasil no UNIDROIT e a recepção dos *Incoterms*, o panorama nacional sob o aspecto da uniformização é lastimável, tomando como foco a autonomia da vontade, tão amplamente consagrada nos institutos internacionais, a situação é muito aquém da realidade mundial.

Segundo Pommier<sup>224</sup>, o princípio da autonomia da vontade é hoje considerado como uma regra de conflito universal, que responde aos objetivos de uma justiça de DIPr aceita por todos os Estados. Sem dúvida, no cenário internacional, houve uma grande expansão da aceitação do princípio da autonomia da vontade, ao qual se atribuiu positividade e, em alguns casos, vinculação através dos instrumentos de harmonização e uniformização das normas do DIPr.

Resta claro que em seu art. 9º a LICC, hoje LINDB, não menciona o princípio da autonomia da vontade, e apesar das controvérsias doutrinárias, Nadia de Araujo conclui que tal princípio é proibido no Brasil<sup>225</sup>. Quando um princípio tem sua

<sup>224</sup> POMMIER, Jean-Christophe. *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, Paris: Economica, 1992, p.31.

<sup>225</sup> Destaque na doutrina brasileira para os autores que são contrários à existência da autonomia da vontade: PONTES DE MIRANDA (*Direito Internacional Privado*, v. I. Rio de Janeiro: José Olympio, 1935, p. 541), MARISTELA BASSO (*Curso de Direito Internacional Privado*. SP: Atlas, 2009, p. 181), OSCAR TENÓRIO (*Direito Internacional Privado*, v. 2, RJ: Freitas Bastos, 1976, p. 177), HERMES MARCELO HULK (*Contratos Internacionais de Financiamento: a lei aplicável*. SP: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. A. 23 – Nova Série, n. 53 [81/87], jan/mar, 1984, p. 86/87), NADIA DE ARAUJO (*Contratos Internacionais: autonomia da vontade, MERCOSUL e Convenções Internacionais*. RJ: Renovar, 1997), WILSON DE SOUZA BATALHA (*Tratado Elementar de Direito Internacional Privado*, v. II. SP: Revista dos Tribunais, 1961, p. 180). Entre os favoráveis à autonomia da vontade em termos de escolha da lei aplicável, encontram-se: HAROLDO VALADÃO (*Direito Internacional Privado*. RJ: Freitas Bastos, ed. 4, v. 1, p. 353/354), GUIDO FERNANDO DA SILVA SOARES (*Common Law. Introdução ao Direito dos EUA*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 172), CLOVIS V. DO COUTO E SILVA ( “O Juízo Arbitral no Direito Brasileiro”. Brasília: *Revista de Informação Legislativa*, a. 25, n. 98 (139/150), abr/mai, 1988, p. 141), JACOB DOLINGER (Cf. *Direito Internacional Privado – Parte Geral*). Rio de Janeiro; Renovar, ed, 5, 1997, p. 358 e segs.), IRINEU STRENGER (*Autonomia da Vontade em Direito Internacional Privado*. São Paulo: RT, 1968, p. 205/206). Adverte Guilherme Pederneiras Jaeger que a doutrina mais recente, que lista, vem formando opinião uniforme em relação à não-aceitação do princípio da autonomia da vontade para a escolha da lei aplicável (Lei aplicável nos Contratos Internacionais. Curitiba: Juruá, 2006, p. 74).

aplicação desejada por uma norma, esta afirmação decorre da simples leitura do dispositivo legal, como é o caso, por exemplo, da Convenção Interamericana sobre o Direito aplicável aos Contratos Internacionais (ou Convenção do México), que no *caput* do artigo 7 deixa explícito que o contrato rege-se pelo Direito escolhido pelas partes:

**Determinação do Direito aplicável Artigo 7** O contrato rege-se pelo Direito escolhido pelas partes. O acordo das partes sobre esta escolha deve ser expresso ou, em caso de inexistência de acordo expresso, depreender-se de forma evidente da conduta das partes e das cláusulas contratuais, consideradas em seu conjunto. Essa escolha poderá referir-se à totalidade do contrato ou a uma parte do mesmo. A eleição de determinado foro pelas partes não implica necessariamente a escolha do Direito aplicável (grifos nossos).

Em oposição à LINDB de 2010, a autonomia da vontade aparece claramente no ordenamento jurídico brasileiro na figura da arbitragem e na regulação das atividades relativas ao monopólio do petróleo (Lei nº 9.478 de 1997). A lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, que instituiu a arbitragem no Brasil, dispõe, no Capítulo I, em seu art.2º, sobre as regras de Direito que são aplicadas na arbitragem:

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.

No ano seguinte, em 06 de agosto 1997, foi publicada a Lei nº 9.478 que, ao dispor sobre a política energética nacional e as atividades relativas ao monopólio do petróleo, admitiu no inciso X do art. 43 que os contratos de concessão de petróleo, que podem ser celebrados com empresas estrangeiras por força do disposto no art. 39 do mesmo instrumento legal, pudessem adotar a arbitragem internacional como regra de solução de controvérsias, é o que se observa na reprodução dos dispositivos seguir:

Art. 39. O edital conterá a exigência de que a empresa estrangeira que concorrer isoladamente ou em consórcio deverá apresentar, juntamente com sua proposta e em envelope separado: (...)

Art. 43. **O contrato de concessão** deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e **terá como cláusulas essenciais:**  
(...)

**X - as regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional (grifos nossos).**

Tais dispositivos contemplam a autonomia da vontade ao permitir, ou melhor, ao definir a arbitragem internacional como cláusula contratual essencial, pois essa regra internacional de solução de controvérsias, a arbitragem, não possui restrições à aplicação do princípio da autonomia da vontade das partes na escolha da lei aplicável aos contratos. Segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no MS 11308/DF<sup>226</sup>, não apenas o lado privado da relação contratual pode se submeter à arbitragem, o Ministro Luiz Fux sustenta, nesse julgado, a legalidade da submissão do poder público ao juízo arbitral. De modo que o poder público, ao se sujeitar à arbitragem internacional, está fazendo uso da autonomia da vontade.

Ao estudar a autonomia da vontade a partir da arbitragem, nota-se que, em 1996, a posição do legislador brasileiro, influenciado pelo Direito Internacional<sup>227</sup>, foi favorável ao referido princípio, na Lei nº 9.307/1996 que confere às partes a possibilidade de escolherem livremente as regras de Direito que serão aplicadas na arbitragem, incluindo, sem limitação, os princípios gerais do direito, os usos e costumes e as regras internacionais do comércio.

À luz do art. 2º da Lei nº 9.307/1996, verifica-se a possibilidade de aplicação da autonomia da vontade no Brasil, via arbitragem. Tal legislação abriu as portas para o Direito mais moderno e mais flexível dentro do contexto pautado pela internacionalização crescente das atividades econômicas e da prestação transnacional de serviços.

Por mais convincentes que possam ser os fatos contra o prevalecimento dos princípios voluntaristas, na opinião de Strenger<sup>228</sup>, o conflito entre liberdade e o aumento das normas de uniformização é um dos dramas mais agudos que atravessa

---

<sup>226</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Administrativo. Mandado de segurança. Permissão de área portuária. Celebração de cláusula compromissória. Juízo arbitral. Sociedade de economia mista. Possibilidade. Atentado. Mandado de Segurança 11308 DF 2005/0212763-0, Relator: Ministro Luiz Fux, Data de Julgamento: 08/04/2008, S1 - Primeira Seção. Data de Publicação: DJ 19.05.2008 p. 1.

<sup>227</sup> Essa influência se deu pela Convenção sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, celebrada em 1958, em Nova Iorque, mais conhecida como Convenção de Nova Iorque. Elaborada e celebrada no âmbito das Nações Unidas, inicialmente, a Convenção de Nova Iorque foi ratificada pelo Brasil e incorporada ao ordenamento jurídico interno em 23.07.2002, por meio do Decreto nº 4.311 com o interesse de tornar a arbitragem um modo eficaz de solução dos litígios internacionais nas intensas relações econômicas pós Segunda Guerra.

<sup>228</sup> STRENGER, Irineu. *Op. Cit.*, 2000, p.210.

a nossa época, porém, se torna necessário procurar solução satisfatória para o problema, com hipóteses viáveis na prática.

A Lei de Arbitragem nº 9.307/1996 revoluciona o Direito brasileiro que oscilava entre um posicionamento doutrinário ora favorável, ora contrário, com relação ao princípio da autonomia da vontade. É preciso considerar que, a partir dessa nova lei, os contratos internacionais e os contratos internos que queiram adotar a arbitragem como sistema de solução de controvérsias precisarão prever concomitantemente três cláusulas: a cláusula arbitral, que possibilita a utilização de meio extrajudicial para dirimir eventuais conflitos decorrentes do contrato; a cláusula de lei aplicável, que determina qual a lei que será aplicada ao contrato; e a cláusula de foro, que estipula o lugar onde a ação será proposta, ou onde será realizada a arbitragem<sup>229</sup>.

Quando se trata de contratos internacionais submetidos à convenção arbitral, finalmente, constata-se a evolução do conceito de autonomia da vontade no Brasil através da sua consagração na Lei nº 9.307 de 1996 (Lei de Arbitragem) e na Lei nº 9.478 de 1997 (que regula as atividades relativas ao monopólio do petróleo). Porém, na prática, persistem os entraves da legislação brasileira à autonomia da vontade na contratação internacional, mas, por outro lado, apesar de não prevista no art. 9º da LINDB, vê-se que é possível, utilizando critérios principiológicos internacionais, contornar a rigidez da aplicação do princípio sem implicar em fraude à lei nacional, através da adoção da arbitragem.

É oportuno fazer referência à existência do Projeto de Lei do Senador Pedro Simon nº 269/2004 (PL nº 269/2004), pouco lembrado pela doutrina brasileira, e que dispõe sobre a aplicação das normas jurídicas. Trata-se de uma proposta de substitutivo à LINDB de 2010, à época LICC de 1942, que contempla princípios e normas em consonância com o Direito Internacional atual, inclusive reconhece em seu art. 12, de forma expressa, a liberdade contratual das partes na escolha da lei aplicável, ou seja, a lei nacional ou estrangeira, conforme se verifica a seguir:

**PL nº 269/2004 - Art. 12. Obrigações Contratuais – As obrigações contratuais são regidas pela lei escolhida pelas partes. Essa escolha**

---

<sup>229</sup> CASELLA, Paulo Borba. **Autonomia da vontade, arbitragem comercial internacional e Direito brasileiro**. In: TIBURCIO, Carmen e BARROSO, Luís Roberto (coord.). O Direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Jacob Dolinger. São Paulo: Renovar, 2006, p. 744.

**será expressa ou tácita**, sendo alterável a qualquer tempo, respeitados os direitos de terceiros.

§ 1º **Caso não tenha havido escolha ou se a escolha for ineficaz, o contrato, assim como os atos jurídicos em geral, serão regidos pela lei do país com o qual mantenham os vínculos mais estreitos.**

§ 2º Na hipótese do § 1º, se uma parte do contrato for separável do restante, e **mantiver conexão mais estreita** com a lei de outro país, poderá esta aplicar-se, a critério do Juiz, em caráter excepcional.

§ 3º A forma dos atos e contratos rege-se pela lei do lugar de sua celebração, permitida a adoção de outra forma aceita em Direito.

§ 4º Os contratos realizados no exterior sobre bens situados no País, ou direitos a eles relativos, **poderão ser efetuados na forma escolhida pelas partes**, devendo ser registrados no Brasil de acordo com a legislação brasileira (grifos nossos).

Da leitura do art. 12, percebe-se que se trata de um texto moderno e concatenado com o Direito Internacional vigente, e, principalmente, é um trabalho que busca, novamente, suprir a enorme falha na legislação brasileira quanto ao reconhecimento da autonomia da vontade das partes na escolha da lei aplicável.

Duas outras propostas legislativas antecedentes: o anteprojeto da Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas (LGANJ), publicado em 1964, de autoria do jurista Haroldo Valladão e o Projeto de Lei nº 4.905/1995 do Poder Executivo elaborado por uma comissão sob a presidência do professor Jacob Dolinger, retirado do Poder Legislativo a pretexto de reexame da matéria, a pedido do próprio Poder Executivo, também propunham a adoção da autonomia da vontade na escolha da lei aplicável às relações contratuais e, ambos, igualmente, não obtiveram êxito.

O citado PL nº 269/2004, na verdade tratou-se de uma tentativa de reapresentação da LGANJ de Haroldo Valladão e do PL nº 4.905/1995, presidido por Jacob Dolinger, como se pode verificar a partir da análise comparada dos dispositivos a seguir:

**LGANJ – Art. 51.** A substância e os efeitos das obrigações oriundas de declaração de vontade se regem, **salvo estipulação em contrário**, segundo a lei do lugar onde foram contraídas.

§ 1º **A estipulação em favor de outra lei deverá ser expressa e não terá eficácia se constituir abuso de direito (art.12<sup>230</sup>) ou ofender a ordem pública (arts. 13<sup>231</sup> e 80<sup>232</sup>).**

<sup>230</sup> Art. 12. Não será protegido o direito que for ou deixar de ser exercido em prejuízo do próximo ou de modo egoísta, excessivo ou anti-social.

<sup>231</sup> Art. 13. Não terá eficácia qualquer declaração de vontade que ofender a soberania nacional, a ordem pública, a moral e os bons costumes.

<sup>232</sup> Art. 80. As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade ali formuladas, não terão eficácia no Brasil quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública, a moral e os bons costumes.

§ 2º **Presumem-se, todavia, contraídas segundo a lei brasileira as obrigações constituídas entre brasileiros no estrangeiro.**

§ 3º **Regem-se segundo a lei brasileira os contratos realizados nos Consulados do Brasil no estrangeiro (art. 31<sup>233</sup>).**

**PL nº 4.905/1995 – Art. 11. Obrigações contratuais – As obrigações contratuais são regidas pela lei escolhida pelas partes.** Esta escolha será expressa ou tácita, sendo alterável a qualquer tempo, respeitado o direito de terceiros.

§1º **Caso não tenha havido escolha ou a escolha for ineficaz, o contrato será regido pela lei do país com o qual mantenha vínculos mais estreitos.**

§2º Se uma parte do contrato for separável do restante, e mantiver conexão mais estreita com a lei de outro país, poderá esta ser aplicada em caráter excepcional (grifos nossos).

Dois observações merecem destaque: na primeira, o PL nº 269/2004 mantém os exatos termos do art. 11 e de seu §1º do PL nº 4.905/1995; a segunda, uma crítica, o PL nº 269/2004, em sua réplica integral do texto antecedente, não se adiantou em reproduzir a redação do §2º do mesmo art. 11 do PL nº 4.905/1995, que contempla o *dépeçage* (método de solução de conflito de leis que propõe o fracionamento das questões jurídicas ao analisar os contratos internacionais).

Evoluído, em parte, vez que resgatou a autonomia da vontade, mas não inovou com a adoção do *dépeçage*, o PL nº 269/2004 foi apresentado ao Senado Nacional em 16 de setembro de 2004 e encontra-se arquivado desde 07 de janeiro de 2011.

Destino semelhante ao do Projeto de Lei nº 4.905/1995, que, como dito, foi retirado do Poder Legislativo a pretexto de reexame da matéria (em 08/02/1997), a pedido do próprio Poder Executivo, e nunca mais foi reapresentado. São essas atitudes que contribuem bastante para perpetuar a dificuldade de atualização da legislação brasileira em matéria de Direito Internacional, principal fator responsável pela insegurança jurídica transmitida pelo ordenamento jurídico brasileiro nas contratações internacionais (Risco Brasil).

Depois de tantas Convenções internacionais já reconhecerem o princípio da autonomia da vontade das partes na escolha da lei aplicável aos contratos

---

Parágrafo único. Poderão ser admitidos, por motivos de justiça e equidade, declaração e reconhecimento de efeitos parciais que se aproximem dos permitidos pelo direito brasileiro (parágrafo único do art. 40).

<sup>233</sup> Art. 31. As autoridades consulares brasileiras exercerão para os brasileiros e seus filhos as funções de oficial dos registros públicos e de tabelionato, de acordo com as leis brasileiras.

Parágrafo único. Poderão, também, exercer as funções de tabelionato para os estrangeiros que o solicitarem, quanto aos atos exequíveis e bens sitos no Brasil.

internacionais, do consenso internacional nesse sentido, e principalmente após o Brasil ter assinado a Convenção do México de 1994 que determina a regência do contrato pela lei escolhida pelas partes, é de espantar que o Brasil ainda se encontre numa posição das mais atrasadas, quanto ao reconhecimento e respeito a esse importante princípio.

## 5 NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Precisou-se contextualizar a temática do princípio da autonomia da vontade no Brasil para demonstrar com clareza que houve, na verdade, uma involução da aplicação deste princípio representada pela sua retirada do texto da LICC de 1942. Entretanto, com a Lei de Arbitragem nº 9.307 de 1996, o País resgatou a autonomia da vontade das partes na escolha da lei aplicável ao prever a aplicação do princípio no procedimento arbitral.

A autonomia da vontade, como elemento de conexão no Direito brasileiro, era nitidamente aceita. Isso em 1916, mas, a partir de 1942 passou-se por um período de dúvidas e de muitas polêmicas sobre a interpretação da LICC quanto à aceitação ou não da autonomia da vontade, até que em 1996, a Lei de Arbitragem nº 9.307, em seus artigos 2º, §1º e 11, IV<sup>234</sup>, retomou sua aplicação (quando o contrato internacional estiver sujeito à arbitragem).

Assim, apesar da retomada do princípio pela Lei de Arbitragem, e pelos artigos 6º, XX e XXI, 20 e 43, X da Lei nº 9.478 de 1997<sup>235</sup>, que dispõe sobre a regulação das atividades relativas ao monopólio do petróleo, sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro ainda é oblíqua, indireta (apenas nos contratos de distribuição e revenda de petróleo, ou naqueles que preveem a arbitragem).

Sobre essa questão, enfatiza Lauro Gama<sup>236</sup> que, no cenário atual do ordenamento jurídico brasileiro, os contratantes que não se submeterem às regras

---

<sup>234</sup>**Lei nº 9.307 de 1996 - 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. **Art. 11. Poderá, ainda, o compromisso arbitral conter: IV - a indicação da lei nacional ou das regras corporativas aplicáveis à arbitragem, quando assim convencionarem as partes;**

<sup>235</sup>**Lei nº 9.478 de 1997 - Art. 6º** Para os fins desta Lei e de sua regulamentação, ficam estabelecidas as seguintes definições: **XX - Distribuição:** atividade de comercialização por atacado com a rede varejista ou com grandes consumidores de combustíveis, lubrificantes, asfaltos e gás liquefeito envasado, exercida por empresas especializadas, **na forma das leis e regulamentos aplicáveis;** **XXI - Revenda:** atividade de venda a varejo de combustíveis, lubrificantes e gás liquefeito envasado, exercida por postos de serviços ou revendedores, **na forma das leis e regulamentos aplicáveis;** **Art. 20.** O regimento interno da ANP disporá sobre os procedimentos a serem adotados para a solução de conflitos entre agentes econômicos, e entre estes e usuários e consumidores, com ênfase na conciliação e no **arbitramento.** **Art. 43.** O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais: **X - as regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional;**

<sup>236</sup> SOUZA JÚNIOR, Lauro Gama. *Op. Cit.*, p.610/611.

da arbitragem têm, muitas vezes, que empregar verdadeiros malabarismos para contornar os riscos que resultam da ausência de uma regra clara e objetiva sobre a possibilidade de eleição do Direito aplicável ao contrato internacional.

Sob o ponto de vista mundial, a evolução da autonomia da vontade é crescente desde o seu surgimento no século XVI; sua expansão foi difundida com as tentativas de uniformização de normas no DIPr representadas pelas regras do UNIDROIT, dos *Incoterms*, da UNCITRAL, da Convenção de Roma de 1980 e Convenção do México de 1994, esta última de maior influência sobre o ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que, no Brasil, a aceitação deste princípio não se dá diretamente pela legislação interna, mas por via indireta, quando da ratificação de normas de DIPr que contemplem tal princípio.

Mesmo quando há o reconhecimento indireto da autonomia da vontade das partes nos contratos internacionais, essa autonomia, no Brasil, encontra a limitação clara da ordem pública e dos bons costumes.

Então, por mais que a autonomia da vontade venha se expandindo e ganhando reconhecimento internacional, seu exercício no Brasil ainda se dá de maneira muito insegura, é o que se percebe pela análise realizada nesta tese. O Brasil possui uma legislação aquém da realidade do comércio internacional e um ordenamento jurídico extremamente protetivo da sua ordem pública e defensivo, *prima facie*, com relação à adoção do princípio da autonomia da vontade das partes.

O Brasil tende a enxergar a questão do comércio internacional a partir de uma visão curta; apenas sob o ponto de vista dos problemas internos e não está muito atento ao que acontece no mundo, o maior exemplo disso é a não ratificação de tratados internacionais, dos quais tenha participado da elaboração, ou ainda, quando assinados tais tratados, a inexplicável morosidade do processo de ratificação.

A situação internacional contemporânea é marcada pela interdependência econômica entre as nações, o que afeta diretamente as relações comerciais em todo o mundo, de modo que tudo que acontece no meio internacional pode afetar as relações internas dos países. O mundo não deve ser para o Brasil uma “externalidade”, como definiu Celso Lafer<sup>237</sup>, o mundo é mais importante para o Brasil do que o Brasil para o mundo.

---

<sup>237</sup> LAFER, Celso. **A OMC e a regulamentação do comércio internacional**: uma visão brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 45/46.

Assim, para usufruir dos benefícios do avassalador processo de globalização, exige-se um grau de compatibilidade com o que ocorre no plano internacional do comércio. As relações econômicas mundiais vêm sendo influenciadas por acordos comerciais regionais que se expandem na elaboração de normas uniformes e harmonizadas em prol de uma liberalização segura dentro do sistema internacional do comércio.

Os processos de uniformização e harmonização são a moldura que facilita, orienta e assegura as contratações comerciais entre os países que aderem à regulamentação padronizada, o que permite uma integração organizada e frutífera entre os atores do mercado internacional. É fundamental a existência de um balizamento jurídico no comércio globalizado de modo que não se viva numa luta de todos contra todos, imposta pela competição inerente às transações econômicas; e essa baliza é representada pela uniformização e pela harmonização das normas de DIPr, processo do qual o Brasil não pode ficar de fora.

O que se verifica é que existe um hiato relevante entre o que se discute juridicamente no Brasil em termos de comércio internacional e de normas de DIPr, e o que se discute e se pratica no plano internacional. É importante superar essa distância entre o Brasil e o mundo, em matéria de contratação internacional. Assim, a partir da ratificação de normas unificadas/harmonizadas do DIPr, acredita-se em uma maior aproximação do País à realidade praticada no comércio internacional.

A implementação e regulamentação do princípio da autonomia da vontade enquanto método de escolha da lei aplicável, no sistema jurídico brasileiro, precisa ser reconhecida na seara dos litígios relacionados a contratos internacionais, quando a lide é instaurada no Poder Judiciário, não apenas no procedimento arbitral.

Ressalta-se ainda a necessidade de se atentar cada vez mais à importância da adoção e cumprimento dos dispositivos previstos nas Convenções Internacionais Comerciais. Espera-se que as contribuições de tais Tratados Internacionais uniformizantes e harmonizadores se estendam à legislação nacional de modo a atender à urgência de se reconhecer o princípio da autonomia da vontade também na LINDB de 2010.

Intenta-se uniformizar princípios e normas que visam solucionar os conflitos de leis advindos do choque decorrente da diversidade de ordenamentos jurídicos existentes mundo. Sem qualquer intenção, portanto, de extinguir o objeto do DIPr, os

esforços dos estudiosos que defendem a aceitação do princípio da autonomia da vontade, amplamente difundido e consagrado pelas normas uniformes, se concentra na ideia de organizar um sistema jurídico internacional seguro que permita harmonizar o maior número de legislações possível, de modo a facilitar e descomplicar o comércio internacional.

Nadia de Araujo<sup>238</sup> manifesta sua insatisfação com esse cenário ao apontar que o primitivismo e a inadequação das regras brasileiras de DIPr são incompatíveis com o papel de maior destaque e atuação que o país deseja desempenhar no mercado internacional.

No atual estágio de desenvolvimento do DIPr brasileiro, Marcelo de Nardi<sup>239</sup> enxerga a incorporação do princípio da autonomia da vontade na celebração de contratos internacionais como uma das questões mais discutidas. Permitir aos contratantes a escolha da lei de regência de seu acordo, independentemente de outros elementos de conexão, constitui-se em necessidade emergente.

A autonomia da vontade na escolha da lei aplicável aos contratos internacionais é admitida expressamente nos seguintes instrumentos internacionais: Princípios do UNIDROIT relativos aos Contratos do Comércio Internacional (1994), *Incoterms* 2010, Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias (1980), Convenção de Roma (1980), e Convenção Interamericana sobre o Direito aplicável aos Contratos Internacionais (Convenção do México, resultante da CIDIP V, 1994).

O mesmo princípio, sob o enfoque da escolha da lei do foro, foi reconhecido pelo Protocolo sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual do MERCOSUL (Protocolo de Buenos Aires de 1994).

Passa-se a observar a tendência internacional, pelo “considerando” de atos normativos:

**CONVENÇÃO DA ONU SOBRE OS CONTRATOS DE COMPRA E VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS**  
**UNCITRAL – VIENA – 1980**  
 OS ESTADOS PARTES NA PRESENTE CONVENÇÃO TENDO PRESENTES os objetivos gerais inscritos nas resoluções relativas à instauração de uma nova ordem econômica internacional que a Assembleia Geral adotou na sua sexta sessão extraordinária,

<sup>238</sup> ARAUJO, Nadia de. *Op. Cit.*, 2006, p.324.

<sup>239</sup> NARDI, Marcelo de. *Op. Cit.*, p.122/194.

CONSIDERANDO que o desenvolvimento do comércio internacional na base da igualdade e das vantagens mútuas é um elemento importante na promoção de relações amistosas entre os Estados,

**JULGANDO que a adoção de regras uniformes aplicáveis aos contratos de compra e venda internacional de mercadorias e compatíveis com os diferentes sistemas sociais, econômicos e jurídicos, contribuirá para a eliminação dos obstáculos jurídicos às trocas internacionais e favorecerá o desenvolvimento do comércio internacional,**

ACORDAM no seguinte: ... (grifos nossos).

**CONVENÇÃO SOBRE A LEI APLICÁVEL ÀS OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS aberta a assinatura em Roma em 19 de Junho de 1980 (80/934/CEE)**

**PREÂMBULO**

AS ALTAS PARTES CONTRATANTES no Tratado que institui a Comunidade Econômica Europeia,

**PREOCUPADAS em prosseguir, no domínio do DIPr, a obra de unificação jurídica já empreendida na Comunidade, nomeadamente em matéria de competência jurisdicional e de execução de decisões,**

DESEJANDO estabelecer regras uniformes relativamente à lei aplicável às obrigações contratuais,

ACORDARAM NO SEGUINTE: ...(grifos nossos).

**Convenção do México, resultante da CIDIP V, 1994**

**CONVENÇÃO INTERAMERICANA SOBRE DIREITO APLICÁVEL AOS CONTRATOS INTERNACIONAIS**

Os Estados Partes nesta Convenção,

REAFIRMANDO sua vontade de prosseguir o desenvolvimento e codificação do DIPr entre Estados membros da Organização dos Estados Americanos;

**REITERANDO a conveniência de harmonizar as soluções para as questões relacionadas com o comércio internacional;**

CONSIDERANDO que a interdependência econômica dos Estados tem propiciado a integração regional e continental e que, para estimular esse processo, é necessário facilitar a contratação internacional removendo as diferenças que seu contexto jurídico apresenta,

CONVIERAM em aprovar a seguinte Convenção: ...(grifos nossos).

**PROTOCOLO DE BUENOS AIRES SOBRE JURISDIÇÃO INTERNACIONAL EM MATÉRIA CONTRATUAL - 1994**

Os Governos da República Argentina, da República Federativa do Brasil, da República do Paraguai e da República Oriental do Uruguai,

Considerando que o Tratado de Assunção, firmado em 26 de março de 1991, **estabelece o compromisso dos Estados-Partes de harmonizar suas legislações nas áreas pertinentes;**

**Reafirmando a vontade dos Estados-Partes de acordar soluções jurídicas comuns para o fortalecimento do processo de integração;**

**Destacando a necessidade de proporcionar ao setor privado dos Estados-Partes um quadro de segurança jurídica que garanta justas soluções e a harmonia internacional das decisões judiciais e arbitrais vinculadas à contratação no âmbito do Tratado de Assunção;**

Convencidos da importância de adotar regras comuns sobre jurisdição internacional em matéria contratual, com o objetivo de promover o desenvolvimento das relações econômicas entre o setor privado dos Estados-Partes;

Conscientes de que, em matéria de negócios internacionais, a contratação é a expressão jurídica do comércio que tem lugar em decorrência do processo de integração; ...(grifos nossos).

### **PRINCÍPIOS UNIDROIT RELATIVOS AOS CONTRATOS COMERCIAIS INTERNACIONAIS - 2010**

#### **PREÂMBULO**

*(O objetivo dos Princípios)*

Estes Princípios estabelecem regras gerais para contratos comerciais internacionais.

Devem ser aplicados caso as partes tenham acordado que o seu contrato será regulado por eles. (\*)

Podem ser aplicados caso as partes tenham acordado que o seu contrato será regulado por princípios gerais de direito, pela *lex mercatoria*, ou similares.

Podem ser aplicados caso as partes não tenham escolhido nenhuma lei para regular o seu contrato.

**Podem ser usados para interpretar ou suplementar instrumentos internacionais de Direito Uniforme.**

Podem ser usados para interpretar ou suplementar leis nacionais.

Podem servir de modelo para legisladores nacionais e internacionais (grifos nossos).

Visto que essas Convenções internacionais têm um propósito comum, que é alcançar a harmonização/unificação das normas de DIPr, além de consagrar a autonomia da vontade enquanto método de escolha da lei aplicável, no plano internacional, viabilizam celeridade e segurança ao comércio internacional.

No plano interno, aponta-se para a necessidade de se alcançar um amadurecimento da legislação brasileira para sua inserção no comércio internacional. Com o reconhecimento da autonomia da vontade para a escolha da lei aplicável, o Brasil deu um largo passo quando assinou a Convenção do México, em 1994 na CIDIP V, mas, passados 21 (vinte e um) não procedeu à sua ratificação.

É preciso ratificar na íntegra a Convenção do México de 1994 (CIDIP V) e reformar a LINDB de 2010, já seria suficiente, em prol de dispositivos que espelhem as modificações havidas no Direito brasileiro e a tendência da doutrina e da jurisprudência moderna sobre o DIPr.

De acordo com Nadia de Araujo<sup>240</sup>, a gradual aceitação do princípio da autonomia da vontade pela comunidade jurídica internacional transformou-o em princípio comum em todos os sistemas legais. A faculdade das partes de escolher a lei aplicável ao contrato internacional encontrou acolhida nas principais convenções

<sup>240</sup> ARAUJO, Nadia de. **Contratos internacionais e a jurisprudência brasileira**: lei aplicável, ordem pública e cláusula de eleição de foro. In: *Contratos internacionais*/ coord. João Grandino Rodas. 3ª Ed. Ver., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.197/198.

internacionais e legislações internas de países dos cinco continentes, especialmente na Europa.

A autonomia da vontade no DIPr, adotada nos contratos internacionais, não se confunde com a autonomia privada denominada pelos civilistas como a faculdade das partes para contratar. No DIPr a autonomia da vontade significa permitir que as partes escolham a lei aplicável ao contrato internacional. Ressalta a jurista que a possibilidade de escolha da lei aplicável existe apenas no contrato internacional, devido à sua característica de estar ligado a mais de um ordenamento jurídico, enquanto que nos contratos sujeitos ao Direito interno não é possível determinar qual o sistema jurídico que irá resolver o conflito, tendo em vista a imposição da lei nacional a reger esses contratos.

Ao abordar a questão da harmonização e uniformização de normas relacionadas à contratação internacional, visualiza-se a vital importância para o desenvolvimento do comércio internacional. A tendência de formação de blocos econômicos, através da integração entre os países contribui para o aumento das trocas internacionais e para um maior número de pessoas envolvidas com a contratação internacional.

Eugênia Barza<sup>241</sup> ressaltou, em sua análise sobre a interdependência das nações, que, em razão do fato da economia mundial estar interligada, é possível considerar quase uma exigência a criação de uma ordem econômica internacional, em que os blocos ou ordens regionais constituam-se subsistemas necessários.

Como exemplo dessa integração econômica promovida pela formação de blocos regionais, tem-se o aumento do fluxo comercial no âmbito da União Europeia (UE), Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), Tratado Norte-Americano de Livre Comércio (Nafta) e Cooperação Econômica Ásia-Pacífico (APEC), cuja estrutura facilitou a expansão das relações econômicas, e com ela o surgimento de problemas decorrentes da legislação aplicada na organização.

Para Luiz Gastão Paes de Barros Leães<sup>242</sup>, ao prefaciar a 1ª edição do livro *Contratos Internacionais do Comércio*, de Irineu Strenger, a problemática do estudo dos contratos internacionais do comércio tem se acentuado nos últimos anos, não

---

<sup>241</sup> BARZA, Eugênia Cristina Nilsen Ribeiro. *Op. Cit.*, p. 91.

<sup>242</sup> LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. Prefácio da 1ª edição, in: STRENGER, Irineu. **Contratos internacionais do comércio**. 2ª Ed. RT: São Paulo, 1992, p. 11.

somente nos países do primeiro mundo como naqueles que ainda dependem de consolidar suas estruturas comerciais.

Impõe-se em nossos dias considerar o comércio como processo universalizante, no qual seus agentes se esforçam por encontrar caminhos coordenados e harmonizados das relações mercantis a partir da formulação de regras que possam conduzir satisfatoriamente a tais atividades. De acordo com Luiz Gastão Leães, a unificação do Direito Comercial Internacional não se fará inteiramente à margem das estruturas estatais, como se dá na *lex mercatoria*, pois, o espaço internacional econômico tem sido organizado por toda a comunidade de agentes das relações internacionais, dando azo à constituição de um verdadeiro Direito anacional.

O comércio internacional, identificado com a *lex mercatoria* promove uma constante interação dos fatores da prática e da teoria; mas a *lex mercatoria* leva à fundamentação dos contratos internacionais em princípios, mais do que em regras legais.

A constatação é que um Direito material das relações econômicas internacionais vem sendo construído, aquém ou além de todo o Direito estatal, seja através de uma nova *lex mercatoria* ou a partir da unificação ou harmonização do DIPr<sup>243</sup>. Tudo parece apontar para normas uniformes no sistema econômico global, no esforço de compor uma nova ordem econômica internacional, como, por exemplo, através de instituições públicas internacionais do tipo da Comissão de Direito Comercial Internacional das Nações Unidas (UNCITRAL).

A dinâmica contratual internacional atual tem conduzido a uma uniformização via a adoção da autonomia da vontade e de formas estandardizadas aceitas pelos negociantes<sup>244</sup>.

Entretanto, a realidade jurídica brasileira age em sentido contrário, enclausurada nas normas internas de Direito Internacional Privado. Por que não se adotam os princípios da CIDIP V? Por que não se retomam os Projetos de Lei PL nº 4.905/1995 e PL nº 269/2004, o primeiro retirado e o segundo arquivado?

Não se pode deixar de observar que a redação do art. 190 do novo CPC permite que as partes possam negociar sobre questões procedimentais, quando se tratar de direitos que admitam autocomposição:

---

<sup>243</sup> LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Op. Cit.*, p. 12.

<sup>244</sup> STRENGER, Irineu. *Op. Cit.*, 1992, p.194/195.

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Não deixa de ser uma importante evolução, no âmbito do direito interno, que homenageia a abertura do direito público para esfera privada, privilegiando, em certa medida, o princípio da autonomia da vontade das partes, porém, não resolve o problema.

A revisão da Lei de Introdução, com a consagração da autonomia da vontade, afastaria as consequências negativas que a sua não adoção acarreta aos negócios internacionais. Tal revisão, a rigor, não se constituiria em inovação, posto que a autonomia da vontade já se encontra presente na Lei de Arbitragem nº 9.307/1996 e na Lei nº 9.478/1997, que trata do monopólio do petróleo.

Seguindo o caminho que vem sendo trilhado pelo novo CPC<sup>245</sup> que deixa clara a sua preocupação em uniformizar decisões, em prol da estabilidade, integridade e coerência, pilares que conferem previsibilidade e segurança jurídica às decisões dos tribunais, não se pode esquecer que as relações comerciais internacionais também demandam tais garantias.

---

<sup>245</sup> Vide arts. 926 e 927 da Lei nº 13.105 de 16/03/2015.

## CONCLUSÕES

No estudo dos conflitos de leis no espaço, os valores que orientam predominantemente o DIPr na solução das demandas são os da segurança e da certeza jurídica, tendo em vista o objetivo de garantir a continuidade e a estabilidade das relações privadas internacionais. Na busca por esses valores, é importante atentar para a tendência mundial de uniformização de normas que inicia dentro das Comunidades e Blocos Econômicos internacionais.

A conclusão principal da pesquisa é que as iniciativas de harmonização e uniformização conferem importância à autonomia da vontade como elemento de conexão para a escolha do Direito aplicável aos contratos internacionais. Chega-se também ao entendimento de que a legislação brasileira não está apta a fornecer os instrumentos necessários para uma maior inserção do País no comércio internacional, vez que essa fragilidade compromete a segurança jurídica necessária para atuar nesta seara.

O princípio da autonomia da vontade, importante ferramenta para habilitar a sociedade internacional, é princípio aceito em normatização internacional, já consagrado em direitos internos. Representa condição *sine qua non* de segurança jurídica para as relações resultantes da sociedade internacional. A consagração do princípio, pelo ordenamento jurídico brasileiro, para a escolha da lei aplicável no âmbito dos contratos internacionais, demanda uma atualização urgente.

Evidencia-se que existe uma real necessidade de reforma tanto em nível legislativo, quanto em nível de política externa brasileira. A posição do Brasil de não reconhecer expressamente a liberdade dos contratantes na escolha da lei aplicável dificulta a sua integração aos demais países, nas relações privadas internacionais, principalmente comerciais.

Isso causa estranheza especialmente porque o Brasil participou e assinou a Convenção do México de 1994 (CIDIPV), que determina a regência do contrato pela lei escolhida pelas partes, e não reconhece esse valioso princípio nas relações privadas. Após 21 (vinte e um) anos, não tê-la ratificado ainda.

A alternativa que se apresenta nesta tese é a reforma da LINDB para expressar inequivocamente a adesão do direito brasileiro ao princípio da autonomia da vontade, ferramenta imprescindível à harmonização e uniformização do DIPr, como indicador da lei aplicável aos contratos internacionais de comércio. Assim, o país acompanhará as normas de comércio praticadas na sociedade internacional do século XXI.

Se inova ao sugerir uma proposta de redação legislativa para adequar a norma de DIPr brasileira contemplada na LINDB às normas internacionais modernas, em especial à CIDIP V:

**LINDB-Art. 9º:** Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei escolhida pelas partes, desde que não ofenda a ordem pública, considerada esta como princípios básicos do ordenamento jurídico brasileiro.

**§1º** É facultado às partes escolher mais de uma lei aplicável para a regência de um mesmo contrato, considerada a existência de vínculos objetivos mais estreitos com partes da mesma relação contratual.

**§2º** Tem-se por vínculos objetivos, sucessivamente, o local do cumprimento das obrigações, domicílio do obrigado, e o local de constituição das obrigações.

**§3º** A escolha da lei aplicável é de ser expressa, ou, em sua ausência, resultar do conjunto das cláusulas contratuais ou pela conduta das partes.

**§4º** Na ausência de escolha da lei aplicável, aplicar-se-á a lei do país que possua vínculos objetivos mais estreitos com o negócio jurídico.

**Art. \_\_\_\_** 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.

**Art. \_\_\_\_** As regras previstas nos artigos \_\_\_\_ e \_\_\_\_ se aplicam aos contratos internacionais; avenças cujas partes possuam residência habitual ou estabelecimentos sediados em diferentes países, ou quando o contrato tiver vínculos objetivos com mais de um país.

**Art. \_\_\_\_** A escolha do direito aplicável não implica em eleição do foro.

O que permite conferir não apenas uma maior segurança jurídica ao fenômeno contratual internacional por parte do ordenamento jurídico brasileiro, mas também um melhor posicionamento do País face às novas exigências do comércio internacional. Para a metodologia conflitual do DIPr moderno, marcado pela celeridade e pela busca do maior custo benefício possível, não basta apenas indicar a norma possivelmente solucionadora do conflito, precisa-se conferir a garantia de que se trata da norma correta e eficaz para solucionar a lide, com rapidez.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Guilherme A. de e BASSO, Maristela. **Inclusão legal na economia digital**. Disponível em: <http://jus.com.br>. Acesso em: 23 Set. 2009.

AMISSAH, Ralph. **Revisiting the autonomous contract: transnational contracting, trends and supportive structures**. Disponível em: <http://www.sisudoc.org>. Acesso em: 10. Jul. 2012.

AMORIM, Fernando Sérgio Tenório de. **A autonomia da vontade nos contratos eletrônicos internacionais de consumo**. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2006, 302 f.

ANDRADE, Agenor Pereira de. **Manual de direito internacional privado**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

ANDRADE, Rogério Emilio de. **Direito homogêneo: harmonização, uniformização e ambivalência do direito nacional**. Tese de Doutorado/USP. Disponível em: [www.teses.usp.br](http://www.teses.usp.br). Acesso em: 07 Set. 2012.

ARAUJO, Nadia de. **Contratos internacionais e a jurisprudência brasileira: lei aplicável, ordem pública e cláusula de eleição de foro**. In: *Contratos internacionais/ coord. João Grandino Rodas*. 3ª Ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

ARAUJO, Nadia de. **Contratos internacionais: autonomia da vontade, MERCOSUL e convenções internacionais**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ARAUJO, Nadia de. **Direito internacional privado: teoria e prática brasileira**. 3ªd. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ARAUJO, Nadia de; e MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. **A iniciativa da Alca e sua repercussão no DIPr das Américas**. In: *Quem tem medo da ALCA?* Paulo Borba Casella e Rodrigo Elian Sanchez- coord. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

AUBRY, J. **Le domaine de la loi d'autonomie en droit international privé**. *Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée*, 1896.

BACCHETTA, M, et al. **El comercio electrónico y el papel de la OMC**. Disponível em: <http://www.wto.org>. Acesso em: 07 Jan. 2008.

BAPTISTA, Luiz Olavo. **Dos contratos internacionais: uma visão teórica e prática**. São Paulo: Saraiva, 1994.

BARZA, Eugênia Cristina Nilsen Ribeiro. **O comércio internacional frente às exigências da nova ordem internacional: uma abordagem do processo de integração latino-americana segundo o direito internacional**. Tese de Doutorado. Recife: tese de Doutorado/ UFPE, versão do autor, 1999, 198 f.

BASSO, Maristela. **Curso de direito internacional privado**. São Paulo: Atlas, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro; KISS, Eduardo Amaral Gurgel. **Contratos internacionais**. São Paulo: Saraiva, 1990.

BATALHA, Wilson de Sousa Campos. **Direito intertemporal**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Tratado de direito internacional privado**. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. V. II.

BATIFFOL, H. **Les conflits de lois en matière de contrats**. Paris : Recueil Sirey, 1938.

BATISTA, Neimar. "**Lex mercatoria**": novas tendências e análise da viabilidade de um sistema de autônomo de normas internacionais. Disponível em: <http://jus.com.br>. Acesso em: 08 Set. 2012.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado**. Edição histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Princípios elementares**: direito internacional privado. Recife: OAB, 1906.

BÔAVIAGEM, Aurélio Agostinho da. **Contrato internacional de comércio**: exercício da autonomia da vontade, utilização da arbitragem (estrangeira e internacional), seu reconhecimento, proposta de alteração legislativa. Tese de Doutorado. Recife: tese de Doutorado/ UFPE, versão do autor, 2000, 138 f.

BÔAVIAGEM, Aurélio Agostinho da. **A ordem pública**: limite da autonomia da vontade na escolha da lei aplicável. *In*: Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito, nº 16, 2006. Org. Prof. Dr. Torquato Castro Jr. Recife: Universidade Federal de Pernambuco-CCJ, 2006, p. 25/36.

BORGE, Felipe Dezorzi. **Protocolo de Buenos Aires e cláusula de eleição de foro**. Disponível em: <http://jus.com.br>. Acesso em: 18 Ago. 2012

BROCHER, C. A. **Théorie du droit international privé**. *Revue de droit international et de législation comparée*. Paris : L.G.D.J., 1872.

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

CALEB, Marcel. **Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté**. Paris: Recueil Sirey, 1927.

CÁRNIO, Thaís Cíntia. **Contratos internacionais**: teoria e prática. São Paulo: Atlas, 2009.

CASELLA, Paulo Borba. **Autonomia da vontade, arbitragem comercial internacional e direito brasileiro**. *In*: TIBURCIO, Carmen e BARROSO, Luís Roberto (coord.). O direito internacional contemporâneo. Estudos em homenagem ao professor Jacob Dolinger. São Paulo: Renovar, 2006.

CASELLA, Paulo Borba. **Fundamentos do direito internacional pós-moderno**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2008.

CASTRO, Amílcar de. **Direito internacional privado**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

Convenção sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Convenção de Roma de 1980). Disponível em: [www.europa.eu](http://www.europa.eu). Acesso em: 14 Jul. 2012.

COSTA, Emiliano Humberto Della. **O processo de execução dos contratos internacionais**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2005, 89 f.

COUTO, Lindajara Ostjen. **O direito fundamental da autonomia privada no direito de família**. Revista Âmbito Jurídico. Disponível em: [www.ambito-juridico.com.br](http://www.ambito-juridico.com.br). Acesso em: 17 Mar. 2012.

Departamento de Derecho Internacional. **OEA. CIDIP V**. Disponível em: [www.oas.org](http://www.oas.org). Acesso em: 18 Jul. 2012.

DIAS, Steeve Beloni Corrêa Dielle. **Obrigação e responsabilidade nos contratos internacionais de fretamentos marítimos e sua aplicação no direito brasileiro**. Dissertação de Mestrado. Curitiba: dissertação de Mestrado/PUC-PR, 2007, 141 f. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucpr.br>. Acesso em: 09 Maio 2012.

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

DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**. São Paulo: Saraiva, 1993.

DOLGANOVA, Iulia e LORENZEN, Marcelo Boff. **O Brasil e a adesão à Convenção de Viena de 1980 sobre compra e venda de mercadorias**. Disponível em: [www.cisg-brasil.net](http://www.cisg-brasil.net). Acesso em: 14 Jul. 2012.

DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado: parte geral**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado: o princípio da proximidade e o futuro da humanidade**. Revista Brasileira de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 2004, v. 235, p. 139-149.

DWORKIN, Ronald M. **Los derechos em serio**. Tradução de Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1999.

ESPÍNOLA, Eduardo. **A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro comentada**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943.

ESPÍNOLA, Eduardo. **Da lei e da sua obrigatoriedade**. Do direito intertemporal. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1939.

ESPÍNOLA, Eduardo. **Elementos de direito internacional privado**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1925.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. **A lei e o foro de eleição em tema de contratos internacionais**. In: *Contratos internacionais/ coord. João Grandino Rodas*. 3ª ed. Ver., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.66/121.

FRANCO, Paulo Sérgio de Moura. **Incoterms - Internacional Commercial Terms**. Disponível em: <http://jus.com.br>. Acesso em: 10 Jul. 2012.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Esboço de Código Civil**. Estudo crítico-biográfico por Levi Carneiro. Brasil: Ministério da Justiça e Negócios Interiores – Serviço de Documentação, 1952.

GAMA JÚNIOR, Lauro. **Contratos internacionais à luz dos princípios do UNIDROIT 2004**: *soft law*, arbitragem e jurisdição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GOLDMAN, Berthold. **Frontières du droit et lex mercatoria**. In: *Archives de Philosophie du Droit, 09 (Le droit subjectif en question)*. Paris: Sirey, 1964, p. 177/192.

GUERRA, Marcel Vitor de Magalhães e. **Competência internacional no Código de Processo Civil e princípios, à luz da jurisprudência do STF e STJ**. Dissertação de Mestrado/UFES, 2010, 154 f. Disponível em: <http://www.ccje.ufes.br>. Acesso em: 06 Jun. 2012.

Guide de la CNUDCI - **L'essentiel sur la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international**. Disponível em: [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org). Acesso em: 07 Mar. 2012.

ISSA –SAYEGH, Joseph. **L'intégration juridique des Etats africains de la zone franc**. (A integração jurídica dos estados da Zona Francófona). In: *Revue. PENANT* n° 823 Janeiro – Abril de 1997, p. 5 e ss. Disponível em: [www.ohada.com](http://www.ohada.com). Acesso em: 07 Ago. 2012.

JAYME, Erik. **Cours general de droit international privé**. *Recueil des cours. Collected courses of the Hague Academy of International Law*. 1995. Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1996, tome 251.

JITTA, Daniel Josephus. **La substance des obligations dans le droit international privé**. *Obligations qui n'ont pas leur source dans un contrat*. Paris: Marchal e Billard, 1907, t. II.

JÚNIOR, Lauro Gama. **Contratos internacionais à luz dos princípios do UNIDROIT 2004**: *soft law*, arbitragem e jurisdição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

KAMDEM, Innocent Fetze. **L'autonomie de la volonté dans les contrats internationaux**. *Les cahiers de droit*, vol. 40, n° 3, 1999, p. 465/663. Disponível em: <http://id.erudit.org/iderudit/043564ar>. Acesso em: 03 Nov. 2012.

LAFER, Celso. **A OMC e a regulamentação do comércio internacional**: uma visão brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. **Prefácio da 1ª edição**. In: STRENGER, Irineu. *Contratos internacionais do comércio*. 2ª Ed. RT: São Paulo, 1992.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Comentário teórico e prático da Lei de Introdução ao Código Civil**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1944 e 1946.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil**. 2ª Ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, vol. III.

LORETO FILHO, Sérgio. **Curso de direito internacional privado**. Recife: Editora Universitária, 1973.

LORETO, Sylvio. **Do princípio da autonomia da vontade no direito internacional privado (perspectiva histórica)**. In: Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito, nº 10, 2000. Org. João Maurício Adeodato. Recife: Universidade Federal de Pernambuco-CCJ, 2000, p. 261/282.

LORETO, Sylvio. **O direito internacional privado e a autonomia da vontade**: seu estudo na Faculdade de Direito do Recife na primeira metade do século XX. In: Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito, nº 12, 2002. Org. João Maurício Adeodato. Recife: Universidade Federal de Pernambuco-CCJ, 2002, p. 411/426.

LORETO, Sylvio. **Relações transnacionais e o direito**: caracterização sócio-jurídica. Separata da Revista Acadêmica LXVII da Faculdade de Direito do Recife. Recife, 1971, p. 371/380.

M. KIRSCH. **Historique de l'OHADA** (Histórico da OHADA). In : Revue Penant nº especial OHADA nº 827 Maio – Agosto 1998.

MARQUES, Cláudia Lima. **MERCOSUL como legislador em matéria de direito do consumidor**: crítica ao projeto de Protocolo de Defesa do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, nº 26, abr./jun./1998.

MARQUES, Cláudia Lima. **Proteção do consumidor no âmbito do comércio eletrônico**. In: Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, nº 23, 2003.

MARQUES, Cláudia Lima; ARAUJO, Nadia de. Organizadoras. **O novo direito internacional**: estudos em homenagem a Erik Jayme. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **A nova lex mercatoria como fonte do direito do comércio internacional**: um paralelo entre as concepções de Berthold Goldman e Paul Lagarde. Disponível em: <http://www.nacionaldedireito.com.br>. Acesso em: 09 Set. 2012.

MENEZES, Carla Cristina Costa de. **Made in China**: fenômeno que levou o Brasil a reconhecer a China como economia de mercado. Recife: Nossa Livraria, 2011, 106 f.

MESQUITA, Paulo Estivallet de. **A Organização Mundial do Comércio**. Fundação Alexandre de Gusmão: Brasília, 2013.

MIRANDA, Pontes. **Tratado de direito internacional privado**. T. I. Rio de Janeiro: José Olympio, 1935.

MIRANDA, Pontes. **Tratado de direito privado**. Parte geral. T. I, 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

MOULOUL, Alhousseini. **Compreender a organização para a harmonização do direito dos negócios em África (O.H.A.D.A.)** - Segunda Edição. Disponível em: [www.ohada.org](http://www.ohada.org). Acesso em: 03. Set. 2012.

NARDI, Marcelo de. **Eleição de foro em contratos internacionais: uma visão brasileira**. In: *Contratos internacionais/coord. João Grandino Rodas*. 3ª Ed. Ver., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.122/194.

NIBOYET, Jean-Paulin. **La théorie de l'autonomie de la volonté**. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, t. 16, 1927.1, p. 1/116p.

NIBOYET, Jean-Paulin. **Manuel de droit internatinal privé**. 2ª ed. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1928.

NYGH, Peter. **Autonomy in international contracts**. Oxford: Clarendon Press, 1999.

OLIVEIRA, Mateus Soares de Oliveira; SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Autonomia da vontade nos contratos internacionais: a LICC, a Convenção do México e a Constituição Federal Brasileira**. Disponível em: [www.cesumar.br](http://www.cesumar.br). Acesso em: 19 Jul. 2012.

PAILLUSSEAU, Jean. **Le droit de l'OHADA: un droit très important et original**. In: *Revista La Semaine Juridique*, nº 44 de 28 de Outubro 2004, Suplemento n.º 5, p. 1/5. Disponível em: [www.ohada.com](http://www.ohada.com). Acesso em: 07 Set. 2012.

PERIN Junior, Écio. **A teoria da vontade na formação dos contratos e a autonomia do direito comercial em relação ao direito civil face ao projeto do novo Código Civil**. Disponível em: [Disponível em: www.jus2.uol.com.br](http://www.jus2.uol.com.br). Acesso em: 29 Jun. 2012.

PILLET, Antoine. **Principes de droit international privé**. Paris: Pedone, 1903.

POMMIER, Jean-Christophe. **Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel**. Paris: Economica, 1992.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito internacional público e privado: incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário**. 2ª ed. Salvador: Jus Podium, 2010.

RANOUIL, Véronique. **L'autonomie de la volonté: naissance et évolution d'un concept**. Paris: Presses Unversitaires de France, 1980.

ROCHA, Osiris. **Curso de direito internacional privado**. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1975.

RODAS, João Grandino. **Elementos de conexão do direito internacional privado brasileiro relativamente às obrigações contratuais**. In: RODAS, João Grandino (coord.). *Contratos internacionais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

RODRIK, Dani. **Growth strategies**. Cambridge: National Bureau of Economic Research, 2003. Disponível em: [www.nber.org](http://www.nber.org). Acesso em: 07 Set. 2012.

SANTOS, Antônio Marques dos. **As normas de aplicação imediata no direito internacional privado**: esboço de uma teoria geral. Vol. I Coimbra: Livraria Almedina, 1991.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Traité de droit romain**. T. VIII. Traduit par Guenoux. Paris: Firmin Didot Frères Librairies, 1851.

SCHUTZ, Hebert Mendes de Araújo. **Da necessidade de adesão do Brasil à convenção da ONU sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias**. Disponível em: <http://jus.com.br>. Acesso em: 14 Jul. 2012.

Senado Federal: Presidência. **Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br>. Acesso em: 18 Ago. 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 7º ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

SILVA, Ludmila de Paula Castro; e PAIVA, Heloísa Assis de. **Princípio da autonomia da vontade nos contratos internacionais e sua aplicação nos países membros da União Européia e MERCOSUL**. Disponível em: [www.seer.ufu.br](http://www.seer.ufu.br). Acesso em: 08 Jul. 2012.

SILVEIRA, Larissa Miguel da. **Direito internacional econômico & direito do comércio internacional**. Disponível em: <http://internacionaleconomico.blogspot.com.br>. Acesso em: 10 Jul. 2012.

SIQUEIROS, José Luis. **Los nuevos principios de UNIDROIT (2004) sobre contratos comerciales internacionales**. In: BARROSO, Luís Roberto e TIBURCIO, Carmen (organizadores), *O direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Jacob Dolinger*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SOUZA JÚNIOR, Lauro Gama. **Autonomia da vontade nos contratos internacionais no DIPr brasileiro**: uma leitura constitucional do artigo 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*. Org. Carmen Tibúrcio e Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.599/626.

SPERANDIO, Helena Arriola. **O princípio da autonomia da vontade nos contratos internacionais**: LICC x Convenção do México de 1994 (CIDIP V). Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br>. Acesso em: 11 Jul. 2012.

STRENGER, Irineu. **Contratos internacionais do comércio**. 3ª Edição. São Paulo: LTR, 1998.

STRENGER, Irineu. **Da autonomia da vontade**. São Paulo: LTr, 2000.

STRENGER, Irineu. **Direito internacional privado**. São Paulo: LTr, 2003.

TENÓRIO, Oscar. **Direito internacional privado**. 8ª. ed. V. II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1966.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

TIGER, Philippe. **Le droit des affaires en Afrique – OHADA**. (O direito dos negócios na África – OHADA). *Que sais-je?* Ed. PUF, Nov. 1999 P. 2. Disponível em: [www.ohada.com](http://www.ohada.com). Acesso em: 07 Set. 2012.

TREVES, RENATO. **Sociologia do direito**: origens, pesquisas e problemas. Tradução Marcelo Branchini. São Paulo: Manole, 2004.

VALLADÃO, Haroldo. **Direito internacional privado**. V. II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1973.

VALLADÃO, Haroldo. **Direito internacional privado**. V. I. 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1974.

VALLADÃO, Haroldo. **Direito internacional privado**. V. III. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978.

VILANOVA, Lourival, **A teoria do direito em Pontes de Miranda**. *In* Escritos Jurídicos e Filosóficos, v. 1. São Paulo: IBET, 2003, p. 399-412.

VILELA, Álvaro da Costa Machado. **O direito internacional privado no Código Civil Brasileiro**. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1921.

WEBERBAUER, Paul Hugo. **Manifesto por um direito comprometido internacionalmente: um estudo crítico acerca da autonomia da vontade, a reformulação do estado nas relações contratuais privadas e suas repercussões no plano internacional**. Tese de Doutorado. Recife: tese de Doutorado/ UFPE, 2011, 268 f.