

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Disciplina: **DIRP15A – TEORIA GERAL DO DIREITO PRIVADO**

Professora: Dra. Véra Maria Jacob de Fradera

Mestranda: Alessandra Lehmen

Área: Direitos Especiais (Direito Internacional)

Data de apresentação do seminário: 09/07/2003

Data de entrega: 15/09/2003

**A AUTONOMIA DA VONTADE DAS PARTES NA DETERMINAÇÃO DO
DIREITO APLICÁVEL AOS CONTRATOS INTERNACIONAIS**

Sumário:

Introdução

**Parte I – As restrições à autonomia da vontade nos contratos internacionais:
legislação comparada**

a) Antecedentes históricos

b) A autonomia da vontade no Direito Internacional Privado brasileiro

c) A autonomia da vontade no direito internacional convencional: principais textos

Parte II – Impasses e perspectivas de superação

a) Principais antinomias

b) Proposições/alternativas

c) A arbitragem enquanto viabilizadora da autonomia da vontade

Conclusão

Bibliografia

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objeto a autonomia da vontade das partes da delimitação do direito aplicável aos contratos internacionais. Trata-se, indubitavelmente, de tema de elevada indagação, que vem merecendo a atenção dos mais renomados juristas ao longo dos tempos. Ilustra à perfeição tal afirmação célebre citação de NIBOYET:

“Sem nenhum exagero podemos considerar que a teoria da autonomia da vontade é atualmente a mais difícil de todo o direito internacional.”¹

Muito embora, como se disse, inúmeros juristas de renome se tenham dedicado ao assunto ao longo dos séculos, nosso objetivo, nestas breves linhas, é o de abordar o tema levando em consideração o recente cenário legislativo brasileiro. Com efeito, ainda que não se pretenda, com estes sucintos comentários, abordar o assunto em toda a sua profundidade ou amplitude, entendemos que o tema, na perspectiva proposta, ainda não recebeu a devida atenção por parte da doutrina.

Nesse particular, e ainda à guisa de introdução, esclareça-se que enfocaremos o Projeto de Lei nº 243/2002 – Projeto de Lei de Introdução ao Código Civil, de autoria do Senador Moreira Mendes –; no âmbito da arbitragem, que é profícuo em referências à autonomia da vontade, o artigo art. 2º da Lei 9.307/96, o julgamento da Sentença Estrangeira 5.206-7 - Espanha pelo STF; a ratificação, em 2002, através do Decreto 4.311, de 23.07.02, da Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, de 1958, e, ainda, o Decreto 4.719, de 04/06/2003, sobre arbitragem comercial internacional no âmbito do Mercosul; em seguida, a Convenção Interamericana sobre o direito aplicável aos contratos internacionais – CIDIP V, realizada no México em 1994 e a recente sessão da Conferência Especializada Interamericana sobre Direito Internacional Privado - CIDIP VI, em Washington/2002, e, por fim, os eventuais reflexos do Novo Código Civil com relação aos contratos internacionais que venham a ser submetidos a juízes brasileiros

¹ Tradução livre da autora. *“Sans aucune exagération on peut considérer que la théorie de l'autonomie de la volonté est actuellement la plus difficile de tout le droit international privé.”* Recueil des Cours de La Haye, 1927, p. 5.

(especificamente o art. 421, que trata da limitação da autonomia da vontade em razão de sua conformação aos limites ditados pela função social do contrato).

Em um contexto de crescente universalização das relações jurídicas – tendo por corolário o advento de uma “concepção metanacional do fenômeno contratual”, referida por VÉRA MARIA JACOB DE FRADERA² - entendemos justificado o enfoque proposto. Efetivamente – e a intensificação do comércio internacional em moldes globalizados, com o conseqüente desenvolvimento de relevantes iniciativas de uniformização de direito substantivo, tais como a Lei Internacional sobre Vendas, da Convenção de Viena de 1980, os Princípios UNIDROIT e a *lex mercatoria*) corroboram tal assertiva -, se vêm fazendo notar com força crescente o reconhecimento da dimensão internacional dos fenômenos econômicos e a influência de fatores econômicos e políticos na noção de contrato.

Nesse particular, entendemos oportuno citar, desde logo, artigo de GUIDO ALPA, intitulado “Nouvelles Frontières du Droit des Contrats”³ extremamente ilustrativo e especialmente interessante na medida em que delinea, claramente, uma concepção **funcional** do contrato. Vejamos: “(...) *é evidente que os processos de harmonização e de unificação da disciplina do contrato não passam pelas supostas raízes comuns, nem por valores supostamente comuns, mas sim por resoluções práticas e econômicas que unem os juristas na tentativa de favorecer as trocas de bens, de serviços e de capitais. Em outros termos, é o substrato econômico que entrelaça esses processos: é a idéia do contrato enquanto ‘vestimenta jurídica’ da operação econômica que une os textos predispostos para a realização de uma língua comum, uma verdadeira koinè⁴ terminológica, conceitual e normativa.*”

² “The relationship between Constitution, International Treaties and Contracts”, p. 80. Também refere a citada autora, em “O conceito de inadimplemento fundamental do contrato no artigo 25 da lei internacional sobre vendas, da Convenção de Viena de 1980” (ob. cit., p. 2), que “A observação da realidade do mundo dos negócios determinou a necessidade de unificação de certas normas jurídicas, relativas ao comércio. Verificou-se que o comércio internacional é cada vez mais intenso, as necessidades dos seres humanos são cada vez maiores, de modo que as trocas internacionais tornaram-se freqüentes. Se por um lado o desenvolvimento dos negócios internacionais era evidente, por outro, os meios legais para consolidar as relações comerciais no plano internacional, por exemplo, os contratos sobre compra e venda de bens móveis, continuaram a ser regidos pelas leis nacionais de cada ordem jurídica interna, o que determinava o aparecimento de prejuízos e dificuldades, dada a falta de certeza, além de dúvidas quanto à correta interpretação.”

³ Ob. cit., p. 1.019.

⁴ Grego bíblico, mais simples que a língua original e utilizado para efeitos de padronização.

É evidente que qualquer negação absoluta do papel dos valores e raízes comuns deve ser entendida com reservas, já que, em se tratando de comércio internacional, as funções dos usos e costumes são relevantíssimas, destacando-se a de amalgamar as práticas comerciais. Ademais, exacerbando-se a citada proposição de JAYME, poder-se-ia mesmo negar-se o fundamento científico do direito comparado, mas em qualquer caso parece-nos oportuna a citação dados a roupagem – que o autor chama de **funcional**, mas que talvez possa ser chamada de **finalística** - atribuída ao contrato e o reconhecimento inequívoco da influência de fatores econômicos na atual concepção do contrato.

Com esse pano de fundo, e tendo-se em conta que o comércio internacional é, por excelência, a seara mais fértil para o desenvolvimento do campo da autonomia da vontade em Direito Internacional Privado, trataremos, mais detidamente, de contratos **comerciais** internacionais, sem prejuízo de menções pontuais a casos em que as partes contratantes não estejam em igualdade de condições (como é o caso das limitações à autonomia da vontade decorrentes da ordem pública, tal como ocorre, exemplificativamente, nas relações de consumo).

Antes de adentrar o tema da exposição, entretanto, é necessário esclarecer alguns conceitos e premissas, para maior clareza.

1. Primeiramente, é necessário efetuar a necessária distinção entre autonomia da vontade em seu enfoque civilístico e em seu enfoque de Direito Internacional Privado, o que, diga-se, tem sido objeto de considerável confusão doutrinária⁵. A autonomia da vontade no enfoque civilístico tem o sentido de autonomia de direito privado, ou de liberdade de as partes estabelecerem o conteúdo material do contrato⁶; já no enfoque de Direito Internacional Privado, autonomia da vontade significa, em termos gerais, a faculdade de as partes elegerem o direito aplicável ao contrato internacional, e eis o enfoque a ser aqui privilegiado.

2. Cumpre ter em mente, ainda, que o título do presente trabalho refere-se, conscientemente, à autonomia das partes para a escolha do **direito** aplicável

⁵ Diversos enfoques para a questão, com base em seus fundamentos filosóficos, são apontados por LORENZETTI (ob. cit., p. 10).

⁶ Neste sentido, anota FRANCISCO DOS SANTOS AMARAL NETO (ob. cit., p. 10) que “[a]utonomia da vontade é (...) o princípio de Direito Privado pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos.”

aos contratos internacionais (por oposição à escolha da **lei** aplicável), e essa é a segunda premissa a ser estabelecida: assim é porque, inobstante a distinção acima, vislumbramos um ponto de contato, uma interseção entre os dois enfoques, correspondente às tentativas de uniformização da lei **material** atinente aos contratos, tais como os referidos Convenção de Viena de 1980, Princípios UNIDROIT e a *lex mercatoria* (e, mesmo, algumas convenções ditas mistas, como a de Roma de 1980, que tratam tanto de autonomia formal quanto material). A superação desse ponto conduz logicamente à distinção seguinte: é importante diferenciar - agora no âmbito do Direito Internacional Privado - Direito Internacional Privado Material Convencional e Direito Internacional Privado Conflitual Convencional.

Por ter o primeiro (Direito Internacional Privado Material Convencional) natureza eminentemente extra-estatal (ou supra-estatal), e dado o fato de que também falaremos, ainda que de forma menos detida, sobre essas iniciativas, utilizamos a terminologia **direito**, em vez de **lei**, para evitar-se a idéia de que estivéssemos adstringindo nosso campo de investigação à escolha da lei **estatal** aplicável. Neste particular, discordamos da conclusão de NADIA DE ARAUJO⁷, que, ao interpretar a Convenção resultante da CIDIP-V, assevera, basicamente, que, por tratar a Convenção de direito aplicável, não seria possível às partes a escolha de lei outra que não vinculada à ordem jurídica positivada de algum dos Estados envolvidos.

3. Por fim, a terceira e última premissa diz respeito aos significados da autonomia da vontade no âmbito Direito Internacional Privado. Embora alguns autores adotem classes mais numerosas, identificamos, basicamente, duas acepções possíveis:

- Escolha da lei estatal aplicável, que poderá ter ou não pontos de contato com o contrato;
- ou
- Fuga da lei estatal através da escolha de direito uniforme, extra-estatal (tais como as Regras UNIDROIT e a *lex mercatoria*) ou supra-estatal (por exemplo a Convenção de Viena de 1980)⁸.

⁷ Contratos Internacionais – Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais (p. 175), obra que julgamos de referência, entre nós, sobre o tema.

⁸ Nesse sentido, veja-se o comentário de BELANDRO (ob. cit., P. 58): “*La sustancialidad de la ley de la autonomía se revela en la posibilidad de elegir una ley según los intereses de los propios contratantes. (...) Para la seguridad jurídica de los contratantes, su solución implica más ventajas que inconvenientes.*”

Ambas as acepções – distintos reflexos da teoria da autonomia da vontade em Direito Internacional Privado - se contrapõem ao método conflitual clássico, consistente na definição da lei estatal aplicável através da forma tradicional de superação de conflitos de leis, ou seja, através do manejo das fontes internas e internacionais definidoras dos elementos de conexão.

É evidente que a questão se afigura mais complexa, já que dificilmente uma única lei será aplicável a todos os aspectos de um contrato⁹. Nesse aspecto, a doutrina e a legislação usualmente admitem o fenômeno do *dépeçage*, também conhecido como *morcellement* ou *splitting*, ou ainda, em língua portuguesa, pelo termo “despedaçamento”, proposto por MARIA HELENA DINIZ. O exemplo tradicionalmente utilizado pela doutrina diz respeito à capacidade das partes, que freqüentemente será regida por estatuto diverso daquele aplicável às questões de fundo e demais questões de forma do contrato. Entretanto, para não alargar excessivamente nosso campo de investigação, nos vamos contentar com essa referência e tratar sempre genericamente da questão da autonomia das partes para a escolha do direito aplicável, isto é, da sua admissibilidade ou não de acordo com o pensamento dos juristas citados e com os textos legais e convencionais analisados.

Da mesma forma, não aprofundaremos os conceitos de ordem pública, bons costumes e normas imperativas¹⁰ – que, diga-se, prestar-se-iam a um trabalho à parte -, geralmente dados pela doutrina como limitadores da autonomia das vontades no âmbito do Direito Internacional Privado; referências ilustrativas serão efetuadas quando necessário.

Para los Estados resulta imposible regular adecuadamente en forma legislativa a cada tipo de contrato y una elección realizada por las partes atiende a sus expectativas y contribuye a la certeza del derecho y a la previsibilidad de la ley aplicable, otorgándole seguridad a las transacciones y favoreciendo así, la armonía internacional de las soluciones.

⁹ Nesse aspecto, veja-se o comentário de AUDIT (ob. cit., p. 422): “*Les règles de conflit classiques, en visant de vastes catégories, assuraient implicitement ce que l’on dénomme en France le ‘respect des ensembles législatifs’; l’idée sous-jacente est que les règles applicables à une situation juridique forment un ensemble cohérent, de sorte qu’une loi et une seule doit s’appliquer à la situation sous peine d’introduire un déséquilibre non voulu entre les intérêts des personnes en cause. Au contraire, les règles de conflit plus affinées peuvent se traduire par un dépeçage des situations juridiques, lui-même éventuellement générateur d’incohérences.*”

¹⁰ FABRIZIO DI MARZIO (ob. cit., p. 409) aponta que “*All’artificialità del nuovo diritto contrattuale si contrappongono tuttavia imprescindibili esigenze di salvaguardia di valori fondamentali riconosciuti e promossi in ogni ordinamento. Ne discende una relativa ‘incomerciabilità’ delle norme sul mercato mondiale; infatti in nessun ordinamento può essere riconosciuta l’operatività di norme esterne che confliggono con i valori che lo strutturano.*”

Assim, estabelecidas tais premissas, cumpre anotar que a primeira parte do trabalho visa expor o tratamento que o tema – escolha, pelas partes, do direito aplicável aos contratos internacionais – recebeu na legislação, doutrina e jurisprudência brasileira e, após, as soluções dadas pelos principais textos internacionais. Em seguida, iniciaremos tarefa de cunho interpretativo, na medida em que tentaremos identificar as principais antinomias existentes, hoje, entre os textos legais em vigor no Brasil, e entre estes e os principais textos internacionais, adotados ou não pelo Brasil, e, mesmo, opinativo, já que, ao final de segunda parte, procuraremos construir, em linha de sugestão para futuros debates, alternativas para a superação dos impasses noticiados.

PARTE I – AS RESTRIÇÕES À AUTONOMIA DA VONTADE NOS CONTRATOS INTERNACIONAIS: LEGISLAÇÃO COMPARADA

A) ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Autonomia da vontade na Teoria Geral do Direito e no Direito Internacional Privado

Na Teoria Geral do Direito, o debate sobre a autonomia da vontade - muito embora suas raízes sejam mais remotas - se intensificou e estruturou no âmbito das teorias contratualistas do século XIX, correspondendo, na acepção então vigente, a um poder reconhecido aos indivíduos, pela ordem jurídica, de criar situações jurídicas, ou seja, foi tratada conjuntamente com a problemática dos direitos subjetivos. O essencial, aqui, é levar-se em conta que as classificações teóricas têm como fundamento, basicamente, duas concepções opostas, uma subjetivista e outra objetivista. A estruturação da corrente subjetivista remonta aos pandectistas, em especial a SAVIGNY, que conceituou autonomia da vontade como um **poder da vontade**. Este exemplifica sua posição dizendo que as obrigações não possuem sentido ou valor senão como extensão artificial da força pessoal. WINDSCHEIDT também refere um poder da vontade (*Willensmacht*) ou uma soberania da vontade (*Willensherrschaft*), mas afirma que estes são concedidos e limitados exclusivamente pelo direito objetivo. Nos tempos atuais, tais teorias perderam relevo, na medida em que a autonomia da vontade vem sendo largamente reconhecida por normas internacionais e internas de Direito Internacional Privado. Como tal, infelizmente, não ocorre com o caso do Brasil, conserva-se, aqui, o interesse nas concepções teóricas, eis que, em se caracterizando a

autonomia da vontade como expressão de direito subjetivo – ou mesmo alçando-o, como o faz ERIK JAYME¹¹, a um princípio intimamente ligado aos direitos do homem, podem ser possíveis construções visando harmonizar as antinomias existentes nas normas brasileiras, como veremos adiante em mais detalhes.

Especificamente no âmbito do Direito Internacional Privado, a primeira menção à autonomia da vontade das partes na escolha do direito aplicável, segundo NADIA DE ARAUJO¹², é atribuída a DUMOULIN, jurista francês do século XVI. A tese foi exposta em um parecer, de 1525, sobre o chamado “Affaire Ganey”, no qual concluiu que, com relação ao regime de bens do casal Ganey, deveria ser considerado não o local da celebração, mas o local desejado pelas partes, em razão da autonomia de que dispunham para fazê-lo, independentemente das regras de conexão do foro onde havia sido celebrado o casamento ou onde se encontravam os bens do casal. Na ausência de escolha expressa das partes, concluiu que a escolha tácita devia ser considerada pelo juiz de acordo com as circunstâncias do ato, a fim de detectar a lei que as partes presumivelmente teriam escolhido. Essa tese acabou sendo incorporada pelos costumes, apesar das ferrenhas críticas de D’ARGENTRÉ, principal opositor de DUMOULIN, que era partidário da *lex loci celebrationis*.

Em 1896, JULES AUBRY, em sua obra “Le domaine d’autonomie en Droit International Privé”¹³, mostra-se partidário da autonomia, mas refere a necessidade de respeitar-se os limites dados pela **ordem pública**, a seu ver veiculados através de normas imperativas e proibitivas, enquanto que a autonomia das partes ficaria cingida às regras interpretativas e supletivas.

A posição de SAVIGNY é um tanto controvertida, eis que a doutrina se divide quanto à sua classificação como favorável ou não ao princípio. JÜRGEN SAMTLEBEN¹⁴ anota que SAVIGNY refere o tema em 1849, no oitavo tomo de seu “Sistema do direito romano atual” no qual indica que a finalidade do Direito Internacional Privado é “determinar para cada relação jurídica o lugar de direito ao qual esta relação jurídica, conforme a sua natureza própria, pertence ou está submetida”. Assim, a preocupação de SAVIGNY é com o foro competente, com o qual identifica o

¹¹ Ob. cit., p. 147-8.

¹² Ob. cit., p. 44.

¹³ *Apud* NADIA DE ARAUJO, ob. cit., p. 45-6.

¹⁴ “Teixeira de Freitas e a autonomia das partes do Direito Internacional Privado Latino-Americano”, p. 195-6.

“lugar de direito” (*Rechtsgebiet*) ou “sede” da relação jurídica (*Sitz*). De acordo com SAMTLEBEN, trechos da obra de SAVIGNY deixariam entrever uma visão de uma autonomia mais ampla de escolha, pelas partes, do direito aplicável ao contrato; cremos, todavia, que a teoria da “submissão voluntária” de Savigny, limitada pelos bons costumes – “*bonnes moeurs*” – e ordem pública, na verdade corresponde ao reconhecimento da autonomia de direito privado tão-somente, e portanto da possibilidade de escolha apenas indireta - via método conflitual clássico - o direito aplicável à relação jurídica internacional.

Aliás, essa posição encontrou grande acolhida no Direito latino-americano, havendo nitidamente influenciado TEIXEIRA DE FREITAS, como veremos adiante.

Antes disso, porém, cumpre citar a obra, anterior à de TEIXEIRA DE FREITAS, de dois juristas cujas concepções eminentemente territorialistas também fizeram escola entre nós, latino-americanos. O primeiro é o chileno ANDRÉS BELLO, para quem as leis de cada Estado regem todos os assuntos desenvolvidos em seu território, bem como alguns atos realizados no exterior, quando existir conexão. Essa idéia foram expostas em seu livro “Princípios de derecho de gentes”¹⁵, de 1832, e nele sequer há menção, segundo informa SAMTLEBEN¹⁶, à autonomia da vontade.

Dois anos depois, em 1834, surge nos EUA o livro de JOSEPH STORY, “Commentaries on the Conflict of Laws”¹⁷, que defende a *lex loci contractus* e a define como sendo a do lugar da celebração ou, para os atos executórios, se não coincidirem com o da celebração, o da execução. Quanto à autonomia da vontade, reconhece que a aplicação dessas regras de conexão ocorreria em decorrência de um “consenso tácito” das partes, não em linha de submissão voluntária, como SAVIGNY viria a referir anos mais tarde, mas como “efeito da soberania territorial que se impõe ao contrato independentemente de toda vontade das partes”. Assim, parece claro que, filiando-se à linha territorialista (que preconiza, em resumo, a submissão à *lex loci celebrationis* ou a *lex loci executionis* como efeito da soberania territorial), acabou por negar a autonomia da vontade.

¹⁵ *Apud* SAMTLEBEN, ob. cit. P. 193.

¹⁶ Ob. cit., p. 193.

¹⁷ *Apud* SAMTLEBEN, ob.cit., p. 194.

Na mesma época, formou-se uma corrente doutrinária francesa veementemente contrária à autonomia da vontade (o que se explica em boa medida em razão dos novos tempos, já que, com o fortalecimento das relações industriais, surgiu a noção de desigualdade entre as partes contratantes, e com isso as críticas às teorias subjetivistas). NIBOYET, antes citado, chega a dizer que a teoria de DUMOULIN se desenvolveu simplesmente por ser ele um advogado desejoso de vencer suas causas e satisfazer seus clientes, dizendo ainda que a autonomia da vontade transformava as partes em verdadeiros “legisladores”.

Já em 1910, a *Cour de Cassation* francesa admitiu claramente a autonomia da vontade nos contratos internacionais no célebre caso *American Trading Co.*, sem estabelecer, porém, os limites de tal liberdade.

As cortes inglesas se manifestaram pela primeira vez sobre o tema em *Robinson v. Bland*, de 1760, concluindo que “a intenção das partes governa os efeitos dos contratos” princípio que se desenvolveu ao longo do século XIX e ficou conhecido como princípio da “Proper Law”.

Nos Estados Unidos, já referimos a teoria territorialista do Juiz STORY, que prevaleceu no *Restatement First* (compilação extra-oficial, mas de grande aceitação, do Direito Internacional Privado americano). Já no *Restatement Second* (por obra da doutrina posterior, que se posicionou favoravelmente à autonomia da vontade), o princípio acabou sendo aceito, desde que eleita lei de país que mantivesse algum ponto de contato com a relação contratual, de modo a evitar-se o chamado *forum shopping*. Entretanto, na década de 80, essa questão foi revista, ao menos pelas leis da Califórnia e de Nova Iorque, que passaram a admitir a eleição de lei não vinculada às circunstâncias do ato. Aliás, é interessante notar que as normas internas de Direito Internacional Privado referentes a conflitos de leis e autonomia da vontade nos EUA dizem respeito indistintamente a relações internacionais e interestaduais. De qualquer forma, é importante notar que os tribunais americanos, apesar de o país reconhecer a autonomia da vontade, têm uma tendência histórica a aplicar a lei nacional, alegando questões de interesse público.

Os países do Mercosul, como já adiantamos, filiam-se, de modo geral (ao menos no que diz respeito às suas normas internas de Direito Internacional Privado), ao

princípio territorialista antes referido. Entretanto, no plano internacional, muitos deles vêm aderindo a tratados e convenções que reconhecem a autonomia da vontade, tais como a CIDIP V e a Convenção de Viena de 1980, a serem abordados adiante.

O Esboço de Teixeira de Freitas

Feita essa análise histórica, e passando-se especificamente à evolução do tema no Brasil, cumpre mencionar, de início, que dois juristas brasileiros abordaram o tema ainda no século XIX: PIMENTA BUENO (autor da primeira obra de Direito Internacional Privado no Brasil, em 1863, em se filia, basicamente, à regra *locus regit actum*, ou seja, ao método conflitual clássico) e TEIXEIRA DE FREITAS.

TEIXEIRA DE FREITAS, em seu Esboço, foi o primeiro a tratar do tema em termos de proposta legislativa (com as exceções do direito das Ordenações, vigente à época, e do Código Comercial, que previa em alguns casos uma exceção unilateral em favor do direito brasileiro). Fortemente influenciado pelas idéias de SAVIGNY, também resta dúvida quanto a se haver ou não filiado ao princípio da autonomia da vontade. Entretanto, parece claro que o citado jurista brasileiro foi além de SAVIGNY e anteviu a relevância do tema, tanto que no art. 1.965 do Esboço, no capítulo sobre os contratos, refere o quanto segue:

“Não prevalece o disposto nos artigos 1.936 e 1.937, 1. Quando as partes nos respectivos instrumentos, ou em instrumento posterior, houverem convencionado que o contracto seja julgado pelas leis do Império ou pelas de um paiz estrangeiro determinado (art. 32). 2. Quando as partes nos respectivos instrumentos, ou em instrumento posterior, se tiverem obrigado a responder pelo contracto no Império, ou num paiz estrangeiro determinado (art. 32).”

Entretanto, apesar de o artigo transcrito deixar entrever uma filiação à autonomia da vontade, aqueles aos quais se faz remissão dizem respeito apenas, respectivamente, à forma dos contratos entre ausentes, e a uma regra de direitos substantivo sobre a prova dos contratos. Assim, entendemos que não há, propriamente, reconhecimento da autonomia da vontade no Esboço de TEIXEIRA DE FREITAS.

O primeiro jurista brasileiro a defender de forma inequívoca a autonomia da vontade em Direito Internacional Privado foi LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA, no âmbito de uma das reuniões, ocorrida no RJ em 1912, preparatórias da Conferência Pan-Americana. Sua proposta foi rejeitada por defender, quanto à capacidade das partes, o princípio da nacionalidade, enquanto os demais países defendiam o critério do domicílio. Por isso, não se deu à época grande atenção ao seu projeto, mas é justo que se preste o devido tributo à sua pioneira contribuição, nem sempre reconhecida, ao Direito Internacional Privado brasileiro.

O texto introdutório de 1916

No texto introdutório de 1916, CLOVIS BEVILAQUA, fervoroso estudioso do Direito Internacional Privado, consagrou expressamente o princípio da autonomia da vontade no art. 13 do texto legal¹⁸, abrindo exceções, no parágrafo único, principalmente no que se refere a atos exequíveis no Brasil.

A adoção do princípio da autonomia da vontade, inobstante as limitações antes referidas, foi declarada por CLOVIS BEVILAQUA, em seus “Princípios Elementares de Direito Internacional Privado”, nos seguintes termos:

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

¹⁸ “Regulará, **salvo estipulação em contrário**, quanto à substância e aos efeitos das obrigações, a lei do lugar onde foram contraídas.” (grifamos)

O comentário revela excepcional lucidez, e antecipa-se mesmo à atual concepção sobre o tema: admissão da autonomia da vontade, limitada apenas por questões de ordem pública e bons costumes.

Entre nós, um dos mais veementes críticos da autonomia da vontade em Direito Internacional Privado foi PONTES DE MIRANDA, que chegou a atribuir o sucesso da teoria à preguiça dos magistrados franceses e afirmou, em curso ministrado na Academia de Haia em 1932, que a autonomia da vontade não existia, nem como princípio nem como teoria aceitável¹⁹, entendendo que a autonomia das partes limitava-se ao direito substancial.

B) A AUTONOMIA DA VONTADE NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO BRASILEIRO

A Lei de Introdução de 1942

No âmbito da Lei de Introdução de 1942, hoje em vigor no Brasil, a autonomia da vontade foi suprimida através da eliminação, no atual art. 9º, da expressão “salvo estipulação em contrário” contida no antigo art. 13.

HAROLDO VALLADÃO desenvolveu doutrina no sentido de que a autonomia da vontade na verdade subsistia, apesar da nova redação, porque entendia continuar no parágrafo 2º do art. 9º, dada a utilização da expressão “reputa-se”, sinônimo de “presume-se” e portanto sinônimo da expressão “salvo estipulação em contrário”:

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

Essa tese, entretanto, não vem sendo aceita pelos Tribunais, e foi bastante criticada pela doutrina posterior, em especial AMILCAR DE CASTRO.

¹⁹ “*L'autonomie de la volonté n'existe, dans le droit international, ni comme principe, ni come théorie acceptable.*” Recueil de Cours de la Haye, 1932, p. 649.

Quanto à doutrina contemporânea, é célebre a tese de livre-docência, apresentada em 1968, de IRINEU STRENGER²⁰, que basicamente defendia, como já o fizera OSCAR TENÓRIO, que a liberdade convencional existiria sempre que a lei alienígena o permitisse, no que foi criticado pois entendeu-se que essa seria, na verdade, uma forma de reenvio, não admitido pelo Direito Internacional Privado brasileiro.

Para resumir a posição doutrinária atual, pode-se citar vários juristas contemporâneos de renome (IRINEU STRENGER, JOÃO GRANDINO RODAS, LUIS OLAVO BAPTISTA, JACOB DOLINGER e NADIA DE ARAUJO, entre outros) que seguem a tendência universal de aceitação do princípio da autonomia da vontade em Direito Internacional Privado, variando suas concepções apenas no que diz respeito aos limites dessa liberdade.

Arbitragem e autonomia da vontade

Conforme referimos na introdução, o instituto da arbitragem se tem prestado largamente à consolidação do reconhecimento da autonomia da vontade. Entretanto, por entendermos que o recurso à arbitragem apresenta-se, na verdade, como uma alternativa viabilizadora da escolha, pelas partes, do direito aplicável²¹, analisaremos o tema de forma mais detida, para fins de clareza e ordenação lógica da exposição, na segunda parte do presente trabalho.

O Projeto de Lei 4.905/95

O Projeto de Lei em questão, de autoria de GRANDINO RODAS, JACOB DOLINGER, LIMONGI FRANÇA e MÁRTIRES COELHO, propunha de forma clara, em seu art. 11, a adoção da autonomia da vontade, até mesmo para manter-se coerência lógica com os preceitos no mesmo sentido da Convenção sobre o Direito Aplicável aos Contratos Internacionais resultante da CIDIP-V, que havia sido assinada pelo Brasil (mas que nunca foi ratificada). Por iniciativa do Executivo, o projeto acabou sendo retirado de pauta.

²⁰Publicada sob o título Autonomia da Vontade em Direito Internacional Privado.

²¹ A arbitragem enquanto solução para o futuro do Direito Internacional é preconizada por RENÉ DAVID (ob. cit., p. 410) nos seguintes termos: “*Une autre recette s'impose de ce fait, qui offense à un moindre degré le dogme de la souveraineté des Etats. L'arbitrage offre cette recette.*”

O Projeto de Lei Complementar 243/2002

O Projeto de lei em tela, de 05/11/2002, foi proposto pelo Senador Moreira Mendes e, no tocante à autonomia da vontade, essencialmente mantém, nos artigos 31 e 32²², o sistema da Lei de 1942 (*lex loci celebrationis* como elemento de conexão, com as particularidades da *lex loci executionis*), com a diferença de tratar-se de projeto de lei complementar.

Quanto à questão da hierarquia dos tratados, o Projeto filia-se claramente à corrente dualista com primado do direito interno, conforme se depreende da análise dos dispositivos a seguir citados:

“Dos tratados e leis estrangeiras

Art. 36 – Os tratados internacionais têm o mesmo nível hierárquico da lei ordinária e a ela se equiparam.

Parágrafo único – A plena eficácia dos tratados internacionais é condicionada à sua aprovação administrativa e ratificação mediante decreto.

Art. 37 – A norma legal posterior prevalece sobre tratados, convenções e atos internacionais, nos pontos em que se conflitem.”

O Projeto de Lei em questão encontra-se, atualmente, sob a relatoria do Senador Juvêncio da Fonseca, e tramita junto à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. A nosso ver, assim como a Lei de Introdução de 42, o texto do Projeto contém inúmeras impropriedades, que abordaremos mais detidamente na segunda parte.

Jurisprudência

²² “Das obrigações. Art. 31 – As obrigações serão qualificadas e regidas consoante a lei do país em que se constituírem. Art. 32 – A obrigação a ser executada no Brasil observará, na essência, a lei brasileira, admitidas, quanto à forma, as peculiaridades da lei estrangeira. (...)”

No tocante à jurisprudência, se deve notar que os tribunais brasileiros, mesmo à época em que o texto introdutório de 1916 contemplava a autonomia da vontade, mostravam-se refratários ao reconhecimento do princípio. O Supremo Tribunal Federal, ao decidir causa em que era parte o Estado da Louisiana, acabou afastando o princípio da autonomia da vontade, mesmo na vigência da Lei de 1916.

Os acórdãos que tratam do assunto são, em sua maioria, muito antigos – dentre os casos mais recentes, é célebre o caso Champalimaud, de 1981, relatado pelo Min. MOREIRA ALVES, em que o Supremo Tribunal Federal confirmou a aplicabilidade da lei portuguesa. O curioso aqui é que, de acordo com NADIA DE ARAUJO²³, uma das raras tentativas de sistematização da jurisprudência brasileira em matéria de conflito de leis foi a realizada por PAUL GRIFFITH GARLAND, em 1959, em obra intitulada “American-Brazilian Private International Law”. De qualquer modo, é importante referir que a jurisprudência, seja referente ao art. 13 do texto introdutório de 1916 ou ao art. 9º da Lei de Introdução de 1942 é consideravelmente escassa, tratando-se a questão, usualmente, de forma incidental. Note-se, ainda, que os julgados em questão não explicitam o princípio da autonomia da vontade, limitando-se a aplicar o método conflitual clássico.

C) A AUTONOMIA DA VONTADE NO DIREITO INTERNACIONAL CONVENCIONAL - PRINCIPAIS TEXTOS

Para introduzir esta seção, é oportuno citar o Prof. Uruguaio QUINTIN ALFONSIN (Uruguaí), *apud* NADIA DE ARAUJO²⁴: “*Nenhum direito privado nacional é perfeitamente adequado para regular a relação extranacional. O direito privado adequado deve ser extranacional.*”

Com efeito, a adoção do princípio da autonomia da vontade, como uma tentativa viável de harmonização das regras conflituais, veio gradualmente recebendo aceitação universal. Aliás, tal esforço tem o mérito de não se imiscuir nas regras internas de cada país²⁵, o que pode tornar o processo significativamente menos traumático.

²³ Ob. cit., p. 109-10.

²⁴ Ob. cit., p. 178.

²⁵ A decisão proferida em 1968 pela CJCE no caso Firma Malkerei, citada por VÉRA MARIA JACOB DE FRADERA (“*Os princípios gerais do Direito Comunitário*”, p. 19), estabeleceu que “*Les dispositions communautaires pénètrent dans l’ordre juridique interne sans le secours d’aucune mesure*

Além disso, no decorrer do século passado, foram tomando corpo importantes iniciativas no sentido de estabelecer, de forma não impositiva, sistemas de princípios e regras não estatais que pudessem ser escolhidas pelas partes, e, assim, conferir mais agilidade e certeza ao comércio internacional. Vejamos, por oportuno, os principais textos que refletem esse processo.

A Convenção de Viena de 1980 sobre Compra e Venda Internacional, da UNCITRAL (Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional)

A Convenção de Viena, segundo anota PHILIPPE KAHN²⁶, representou um esforço de superação e aperfeiçoamento das Convenções de Haia, de 1964, acerca do tema. No tocante, especificamente, ao tema ora analisado, depreende-se do artigo 6º da Convenção de Viena²⁷ que esta admite de forma ampla a autonomia da vontade, para escolha da lei aplicável e inclusive para afastar parcialmente a própria Convenção. Quanto ao conflito de leis, no silêncio das partes será aplicável o método conflitual clássico.

Transpondo a questão da autonomia da vontade, cumpre notar que, sob o ponto de vista material, também é relevante o estudo da referida Convenção, ainda que o Brasil não a tenha adotado, pois, conforme aponta o Min. RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR²⁸, as regras de conexão brasileiras podem remeter à aplicação da Convenção se o proponente residir em país contratante da Convenção, como a Argentina e o Chile, para citar exemplos mais próximos.

Além disso, como se disse na introdução, a Convenção de Viena de 1980 é uma importante iniciativa no sentido da uniformização de regras materiais referentes aos contratos internacionais, razão pela qual inúmeros países interessados em

nationale.” Também SARA G. ZWART (ob. cit., p. 1), referindo-se especificamente à Convenção de Viena de 1980, afirma que “*As no one cares to surrender to foreign legal systems, international traders must sometimes defer to foreign law. The Convention seeks to protect against the vagaries of such foreign law which must be identified, understood, and proven in court. By unifying and codifying an international law of sales, the Convention gives international traders a ready-made fall back position when disagreeing on the applicable law.*”

²⁶ Ob. cit., p. 951-3.

²⁷ “Art. 6º - As partes podem excluir a aplicação da presente Convenção ou, sem prejuízo do disposto no artigo 12, derrogar qualquer das suas disposições ou modificar-lhes os efeitos.”

intensificar e simplificar suas relações comerciais internacionais têm aderido à Convenção. O Brasil, infelizmente, ainda não se encontra entre estes.

A Convenção de Roma de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais

A Convenção de Roma admite claramente a autonomia da vontade; entretanto, conta com o grande inconveniente de apenas admitir a escolha de direito **estatal**, ficando afastada a eleição de preceitos outros tais como a Convenção de Viena, os Princípios UNIDROIT e a *lex mercatoria*.

Uma particularidade relevante ao presente estudo é o fato de que a Convenção de Roma foi adotada em substituição às regras de DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO internas por signatários como a Itália.

Os Princípios UNIDROIT

O Instituto para a Unificação do Direito Privado – UNIDROIT – foi criado em 1926 pela antiga Liga das Nações. O UNIDROIT iniciou, na década de 70, o projeto sobre “Princípios para os Contratos comerciais Internacionais”, finalizado em 1994.

A Autonomia da vontade vem consagrada logo no início, no Artigo 1.2²⁹, que estabelece:

“Artigo 1.2 – Aplicação dos princípios:

Estes princípios devem ser aplicados quando as partes tenham acordado que o contrato deva ser por eles governado.

1. Estes princípios podem ser aplicados:

a) quando as partes tenham acordado que o contrato seja regido por “princípios gerais do direito”, a “lex mercatoria” ou expressão semelhante; ou

²⁸ A Convenção de Viena (1980) e a resolução do contrato por incumprimento - Rev. Fac. Dir. UFRGS 10, 1994, p. 71.

²⁹ Tradução livre da autora, do original em inglês.

b) quando as partes não tenham escolhido qualquer lei para governar o contrato.

3. Estes princípios podem prover uma solução para um conflito quando se mostrar impossível estabelecer a regra relevante de lei aplicável.”

Os Princípios vêm recebendo algumas críticas daqueles que crêem que a **desnacionalização** do contrato traria incerteza às partes. Entretanto, entendemos que a crítica contém algum exagero, pelo fato de serem tais Princípios sobremaneira especializados (tanto que são muitas vezes indicados como direito aplicável no âmbito de arbitragens). Nesse mesmo diapasão, também releva referir que, segundo anota MICHAEL JOACHIM BONELL³⁰, os Princípios UNIDROIT se notabilizam por claro favorecimento a remédios extrajudiciais de solução de controvérsias.

A Convenção Interamericana sobre o Direito Aplicável aos Contratos Internacionais

Na V Conferência Especializada Interamericana sobre Direito Internacional Privado, ocorrida na Cidade do México em 1994, o tema autonomia da vontade foi pouco tratado, por ser matéria pacífica, e ficou expressamente consagrado na Convenção Interamericana sobre o Direito Aplicável aos Contratos Internacionais, resultante do encontro:

“Art. 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.”

³⁰ Ob. cit., p. 235: *“Une delle caratteristiche dei Principi UNIDROIT consiste nell’accordare la preferenza a rimedi extragiudiziali rispetto a quelli che richiedono necessariamente l’intervento del giudice. La ragione è evidente. Nei rapporti commerciali, specie se svolgentesi tra operatori economici situati in paesi diversi, le parti hanno tutto l’interesse ad evitare il ricorso ad un organo giurisdizionale – sai esso una corte statale o un tribunale arbitrale – per far valere un loro diritto, visto che i costi e le lungaggini di un giudizio sono normalmente sproporzionati rispetto ai vantaggi che ne possono derivare.”*

“Art. 10 – Além do disposto nos artigos anteriores, aplicar-se-ão necessariamente as disposições do direito do foro quando revestirem caráter imperativo.

Ficará à disposição do foro, quando este o considerar pertinente, a aplicação das disposições imperativas do direito de outro Estado com o qual o contrato mantiver vínculos estreitos.”

A Convenção, apesar de inspirada na de Roma de 1980, acabou avançando significativamente com relação a esta, na medida em que permite a eleição, pelas partes, de direito extra-estatal.

A Convenção, apesar de assinada pelo Brasil, e a despeito do fato de a delegação brasileira ter participado ativamente da Conferência que nela resultou, ainda não foi ratificada pelo Brasil.

A VI Conferência Especializada Interamericana sobre Direito Internacional Privado (Washington, 2002)

Apenas citada a título informativo, já que realizada recentemente, a principal inovação dessa Conferência foi a proposição de regras conflituais também para casos de responsabilidade extracontratual, aspecto também discutido por ERIK JAYME³¹.

PARTE II – IMPASSES E PERSPECTIVAS DE SUPERACÃO

Concluída, assim, a parte eminentemente informativa do presente trabalho, passamos, como anunciado na introdução, à tentativa de apontar as principais antinomias verificadas entre os textos legais acima analisados.

A) PRINCIPAIS ANTINOMIAS

³¹ Ob. cit., p. 162.

Quanto às antinomias entre normas em vigor no Brasil, o primeiro ponto a ser enfocado diz respeito ao supratranscrito artigo 37 do Projeto de Lei de Introdução ao Código Civil. Além de constituir significativo óbice às relações internacionais, entendemos que, quando tratar-se de direitos e garantias fundamentais, tal artigo, em caso de aprovação do texto atual do Projeto, não poderia ser aplicado, por constituir contrariedade ao disposto no artigo 5º, §2º, da Constituição Federal. Vejamos, por oportuno, o teor do artigo em questão:

“Art. 5º - (...)

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Com efeito, entendemos que o citado dispositivo constitucional constitui verdadeira *cláusula geral de recepção automática plena dos tratados, em matéria de direitos e garantias fundamentais*. Indo além, pode-se mesmo admitir a autonomia da vontade na escolha do direito aplicável, desde que se adote a proposição de ERIK JAYME no sentido de que a autonomia da vontade é um **princípio fundado sobre os direitos humanos**. Vejamos:

“A legitimação da autonomia da vontade das partes é portanto a liberdade dos indivíduos em seus assuntos pessoais e comerciais, reconhecida pelos Estados. A livre escolha da lei do contrato não é somente um fator objetivo localizados ao qual os Estados atribuem um papel primordial para a determinação da lei aplicável. Trata-se hoje de um princípio fundado sobre os direitos humanos.”³²

Também nesse sentido, RIGAUX, citado por ERIK JAYME³³:

“A lei de autonomia é um método significativo na perspectiva do pluralismo jurídico: as partes inserem sua convenção na ordem jurídica que elas livremente escolheram. Assim, a vontade das partes constitui um

³² Ob. cit., p. 147.

³³ Ob. cit., p 148.

ponto de referência absoluto de natureza a vencer a diversidade de legislações.”

Por fim, deve-se assinalar que o art. 37 do Projeto de Lei de Introdução peca porque trata de forma singela, aparentemente sem maior reflexão, de tema que seguramente é dos mais controvertidos em todo o Direito Internacional Privado. Além disso, conforme aponta WELBER BARRAL³⁴, o texto é falho na medida em que não leva em consideração outros aspectos da legislação brasileira em vigor, tais como a prevalência dos tratados no âmbito tributário e dos direitos humanos.

Em seguida, cumpre salientar que o artigo 9º da vigente Lei de Introdução³⁵, bem como o artigo 31 do Projeto de Lei, acima transcrito, não se coadunam com as disposições do artigo 2º da Lei 9.307/96, que, em linha com a tratamento mundialmente dispensado ao tema, assegura às partes, de forma ampla, a possibilidade de eleição do direito aplicável. Entretanto, temos que tal antinomia é apenas aparente, prevalecendo de modo inequívoco, no âmbito da arbitragem, as disposições da lei específica, em razão de sua especialidade.

Além do acima exposto, os referidos artigos conflitam com os textos internacionais mais relevantes em matéria de autonomia da vontade, antes referidos: o artigo 9º da atual Lei de Introdução e o Art. 31 do Projeto, que negam a autonomia da vontade em Direito Internacional Privado, colidem com a CIDIP V (assinada mas não ratificada pelo Brasil), que a admite. Quanto à legislação substantiva, o artigo 421 do Novo Código Civil³⁶, ao estabelecer *standard* de sujeição a uma indeterminada noção de função social do contrato, limita a liberdade contratual das partes, conflita com a Convenção de Viena de 1980, que admite amplamente a autonomia da vontade, nos sentidos formal e material (e, em última análise, constitui-se em novo óbice à adesão, pelo Brasil, a tal Convenção), discrepando nesse particular, ainda e pelas mesmas razões, dos Princípios UNIDROIT.

B) PROPOSIÇÕES/ALTERNATIVAS

³⁴ Ob. cit., p. 1.

³⁵ “Art. 9º - Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que 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.”

³⁶ “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

No **âmbito legislativo**, parece-nos acertada a proposição de NADIA DE ARAUJO³⁷ no sentido da ratificação da CIDIP V e subsequente reforma da Lei de Introdução, com a substituição do artigo 9º LICC por remissão ao texto da Convenção (a exemplo do que fez a Itália no tocante à Convenção de Roma de 1980).

Nesse contexto, note-se entretanto que a retirada do Projeto de Lei 4.905/95 pelo Executivo, bem como a linha adotada pelo atual Projeto de Lei de Introdução denotam com clareza que o Brasil continua refratário à adoção do princípio da autonomia da vontade na escolha do direito aplicável, o que, em nossa opinião, está, infelizmente, na contramão da história e retira segurança, aos olhos dos *players* da economia internacional, dos contratos que possam ser submetidos às Cortes brasileiras. Entretanto, uma nova perspectiva no cenário legislativo brasileiro é foi introduzida pelo recente Decreto 4.719, de 04.06.2003, através do qual o Brasil ratificou o Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul, concluído em Buenos Aires em 23 de julho de 1998. Vejamos o teor do artigo 1º do aludido Decreto:

“Art. 1º O Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul, concluído em Buenos Aires, em 23 de julho de 1998, apenso por cópia ao presente Decreto, será executado e cumprido como nele se contém, ressalvado seu art. 10, que deve ser interpretado no sentido de permitir às partes escolherem, livremente, as regras de direito aplicáveis à matéria a que se refere o dispositivo em questão, respeitada a ordem pública internacional.”

Ao assim dispor, o Decreto em questão acaba indo além do texto do Acordo, que, em seu art. 10, limita-se a determinar que *“As partes poderão eleger o direito que se aplicará para solucionar a controvérsia com base no direito internacional privado e seus princípios, assim como no direito de comércio internacional. Se as partes nada dispuserem sobre esta matéria, os árbitros decidirão conforme as mesmas fontes.”*

Evidentemente, em se tratando de arbitragem, a disposição do art. 1º do Decreto é inócua, uma vez que o art. 2º da Lei de Arbitragem já abre essa possibilidade;

³⁷ Ob. cit., p. 184.

entretanto, pode denotar que o legislador brasileiro está finalmente se desapegando da noção de territorialidade e tornando-se mais receptivo ao reconhecimento do princípio da autonomia da vontade.

No **âmbito jurisprudencial**, especificamente quanto à autonomia da vontade em sentido formal, entendemos que esta foi erigida, como antes se referiu, como um **princípio fundado nos direitos do homem**; destarte, levando-se em consideração a cláusula geral de recepção automática plena dos tratados em matéria de direitos e garantias fundamentais contida no art. 5º parágrafo 2º da Constituição, é possível, então, sustentar que a própria autonomia da vontade das partes na escolha do direito aplicável está albergada pelo referido dispositivo constitucional. Já no tocante à autonomia em sentido material, entendemos que há possibilidade de harmonização quando da submissão de contratos internacionais a tribunais brasileiros, envolvendo partes em igualdade de condições, que reside na interpretação do artigo 421 do Novo Código Civil em conformidade ao Enunciado 23 aprovado na Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (no período de 11 a 13 de setembro de 2002, sob a coordenação científica do Ministro Ruy Rosado, do STJ), que tem a seguinte dicção:

“A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.”

Parece-nos, portanto, que, com base em tal diretriz interpretativa, é admissível a autonomia da vontade no tocante à definição do conteúdo material do contrato internacional.

Por derradeiro, no **âmbito contratual**, resta às partes contratantes o recurso à arbitragem, que admite de forma ampla a escolha da lei aplicável ao contrato (com as limitações das Convenções do Panamá e de Nova Iorque) e mesmo a escolha do direito material (extra-estatal) aplicável (tais como os princípios UNIDROIT e a *lex mercatoria*³⁸). Vejamos mais detidamente, no item a seguir, este último aspecto.

³⁸ Quanto a esta última, anota GALGANO (ob. cit., p. 224) que trata-se de “*um diverso modo de criar direito: (...) mais facilmente e mais rapidamente emendável, em consonância com as mutáveis exigências do comércio, e por ser um direito, o mais possível, ‘a-nacional’, em antítese à acentuada caracterização*”

C) A ARBITRAGEM ENQUANTO VIABILIZADORA DA AUTONOMIA DA VONTADE

Nos tempos atuais, a primeira iniciativa de reconhecimento da autonomia da vontade das partes na escolha do direito aplicável – hoje, aliás, consolidada pelo julgamento da Sentença Estrangeira 5.206-7 - Espanha pelo STF – ocorreu com o advento da Lei de Arbitragem, em 1996. O artigo 2º da lei assim dispõe:

“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.”

Assim, desde que as partes recorram à arbitragem, é possível, hoje, no Brasil, a escolha da lei aplicável, tanto formal quanto materialmente, desde que respeitadas, evidentemente, as limitações das Convenções do Panamá e de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (esta última recentemente ratificada pelo Brasil, com 40 anos de atraso, em julho de 2002) quanto às matérias sujeitas à arbitragem e outras limitações de ordem pública.

Quanto à ratificação da Convenção de Nova Iorque, ELEONORA COELHO PITOMBO e RENATO PARREIRA STETNER, em artigo inédito, comentam a importância política e psicológica de tal ato para o Brasil:

“A Convenção de Nova Iorque permitiu que as decisões arbitrais tivessem eficácia garantida, o que viabilizou de uma vez por todas o uso

nacional do direito civil, aberto às exigências de uniformidade metanacional, funcional para as necessidades de um mercado interestadual.” Também VÉRA MARIA JACOB DE FRADERA (“A circulação de modelos jurídicos europeus na América Latina: um entrave à integração econômica no Cone Sul?”, p. 20) aponta que “o Mercado Comum como objetivo econômico da integração só é possível dentro de um quadro ‘comunitário’, onde as diferenças nacionais sejam harmonizadas em consideração aos objetivos comuns, onde uma legislação supranacional elabore regras harmonizadoras, com o fito de regular o agir das empresas, dos bancos e dos empresários.”

freqüente da arbitragem como meio de solução de controvérsias nas relações comerciais internacionais.

Ao ratificar a Convenção, o Brasil adquire efetiva reciprocidade de seus parceiros comerciais, a grande maioria dos quais era já signatária da Convenção.

Apesar de, em termos jurídicos, não ter havido muitas mudanças pós-ratificação, pois, já haviam, por meio da Lei de Arbitragem, se incorporado ao ordenamento praticamente as mesmas disposições da Convenção, a ratificação tem efeito psicológico muito importante.”³⁹

Vale repisar, por derradeiro, a recente ratificação pelo Brasil, através do Decreto 4.719, de 04/06/2003, do Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul, cuja relevância enquanto indicador da tendência legislativa foi abordada no item anterior.

CONCLUSÃO

De todo o exposto, conclui-se que, formalmente, a dicção da atual Lei de Introdução ao Código Civil e ao artigo 31 do Projeto de Lei em tramitação, e, materialmente, os termos dos artigos 421 do Novo Código Civil e 37 do referido Projeto evidenciam que, hoje, no Brasil, vigora um sistema fechado sobre si próprio, com a limitação da autonomia da vontade das partes em ambos os dois aspectos ora tratados: na escolha da lei aplicável (impossibilitada pela negação, pela Lei de Introdução, da autonomia das partes) e na definição do conteúdo material do contrato (na medida em que um contrato internacional celebrado no Brasil, que tenha portanto de ser apreciado pelos Tribunais locais e contenha eleição de regras materiais diversas, tais como as estabelecidas pela *lex mercatoria*, correrá o risco de que tais regras sejam desconsideradas em razão da limitação da autonomia da vontade das partes

³⁹ *“La Convention de New York a pourvu les décisions arbitrales d’une efficacité assurée, ce qui a une fois pour toute rendu possible l’utilisation fréquente de l’arbitrage comme moyen de solution de controverses dans les rapports commerciaux internationaux. En ratifiant la Convention, le Brésil obtient l’effective réciprocité de ses partenaires commerciaux, la plupart desquels sont déjà signataires de la Convention. Quoiqu’en termes juridiques il n’y ait pas eu beaucoup de changements post-ratification, puisque pratiquement les mêmes dispositions de la Convention avaient déjà été incorporées par la Loi d’arbitrage, la ratification a un effet psychologique très important.”*

consubstanciada no art. 421 do Novo Código Civil, a não ser que relativizada a interpretação deste pelo Judiciário, conforme Enunciado 23 acima referido).

Constata-se, mais, o atual descompasso, das normas brasileiras atinentes ao tema, com a concepção metanacional do contrato e a conseqüente obstaculização da inserção do Brasil no “círculo liberal”⁴⁰ formado quanto aos contratos comerciais internacionais. Evidencia-se, ademais, a negação da *lex mercatoria* e do “Direito Internacional Privado Convencional dos Contratos Internacionais” (usando-se a nomenclatura proposta por POMMIER), uma vez que o surgimento deste só foi possível a partir da superação dos conflitos quanto à função da vontade na determinação da lei aplicável, bem como a presença de obstáculos concretos, no direito interno, à adoção da Convenção de Viena de 1980 (dada a expressiva limitação de autonomia das partes na definição do conteúdo material do contrato contida no diploma substantivo) e da Convenção resultante da CIDIP V (haja vista a negação, no Brasil, da autonomia das partes na determinação da lei aplicável). Tudo isso, em última análise, redundando na dificuldade no reconhecimento do Brasil como um ambiente seguro para a celebração de contratos internacionais.

A alternativa que resta, hoje, às partes que pretendam eleger o direito aplicável ao seu contrato, tanto formal quanto materialmente, envolve, notadamente, uma quebra de paradigma, processo materializado em uma tendência de subtração das controvérsias à apreciação do Poder Judiciário e evidenciado pelo recurso cada vez mais freqüente à arbitragem. A arbitragem, por óbvio, tampouco deve ser vista como um remédio todo-abrangente, já que as partes, especialmente no momento da redação da cláusula de compromisso arbitral, devem levar em consideração inúmeras variáveis, tais como as limitações contidas nas Convenções do Panamá e de Nova Iorque, bem como as conseqüências da eleição do direito aplicável (formal e materialmente) e do foro (que não se confunde com a lei aplicável, embora possa ser considerado como uma indicação em caso de silêncio das partes), e, ainda, as disposições da lei aplicável no tocante à arbitragem (que no mais das vezes contêm limitações) e as normas de ordem pública do foro tido por competente.

⁴⁰ Termo referido por VÉRA MARIA JACOB DE FRADERA em *Constitution, International Treaties and Contracts*, p. 80.

“The relationship between

BIBLIOGRAFIA

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. “*A Convenção de Viena (1980) e a resolução do contrato por incumprimento*”, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 10: 7-21, 1994.

ALPA, Guido. “*Les nouvelles frontières du droit des contrats*”, in Revue Internationale de Droit Comparé, nº 4 (1): 1.015-30, outubro-dezembro de 1998.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. “*A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. Perspectivas estrutural e funcional*”, in Revista de Direito Civil, nº 46: 7-25.

ARAÚJO, Nadia de. Contratos Internacionais: Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais. Renovar, Rio de Janeiro, 1997.

AUDIT, Bernard. “*Le droit international privé à fin du XXème siècle: progrès ou recul*”, in Revue Internationale de Droit Comparé nº 2: 421-48, 1998.

BARRAL, Welber. “*A Nova Lei de Introdução ao Código Civil*”, site Empório do Saber (www.emporiodosaber.com.br), consultado em 01.04.2003.

BELANDRO, Ruben B. Santos. El derecho aplicable a los contratos internacionales. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideú, 1996.

BONELL, Michael Joachim. “*I Principi Unidroit – Un approccio moderno al diritto dei contratti*”.

DAVID, René. “*L’arbitrage, solution d’avenir pour le droit international*”, in Recueil des Cours – Académie de Droit International de la Haye, 1998, p. 401-13.

DI MARZIO, Fabrizio. “*Autonomia privata e mercato globale*”, in Diritto & Formazione, nº 4-5: p; 403-16, Giuffrè, Milão, agosto-setembro de 2001.

FRADERA, Véra Maria Jacob de. “*The relationship between Constitution, International Treaties and Contracts*”, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Edição especial em homenagem à cooperação entre a Faculdade de Direito da Universidade de Tohoku, Sendai (Japão) e a Faculdade de Direito da UFRGS: 78-87, 2002.

_____. “*Os princípios gerais do Direito Comunitário*”, in Revista da AJURIS, Porto Alegre: 17-30, novembro de 1998.

_____. “*A circulação de modelos jurídicos europeus na América Latina: um entrave à integração econômica no Cone Sul?*”, in Revista dos Tribunais, São Paulo, 736: 20-39, 1997.

_____. “*O conceito de inadimplemento fundamental do contrato no artigo 25 da lei internacional sobre vendas, da Convenção de Viena de 1980*”, Revista Online da Faculdade de Direito da PUC/RJ (<http://www.puc->

rio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online/rev09_vera.html), consultado em 05.07.2003.

GALGANO, Francesco. “*Lex mercatoria*”, in Revista de Direito Mercantil, 129: 224-8.

JAYME, Erik. “*Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Cours général de droit international privé*”, in Recueil des Cours – Académie de Droit International de la Haye, Tomo 251, 1995.

KAHN, Philippe. “*La Convention de Vienne du 11 Avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises*”, in Revue internationale de droit comparé, 33, n° 4: 951-85.

LORENZETTI, Ricardo Luis. “*Análisis crítico de la autonomía privada contractual.*”

MIRANDA, Pontes de. “*La conception du Droit International Privé d’après la doctrine et la pratique au Brésil*”, in Recueil des Cours – Académie de Droit International de la Haye, Tomo 39, 1932.

NIBOYET, J.-P.. “*La Théorie de l’Autonomie de la Volonté*”, in Recueil des Cours – Académie de Droit International de la Haye, Tomo 16, 1927.

PITOMBO, Eleonora Coelho e STETNER, Renato Parreira. “*La Convention de New York: Ratification par le Brésil*”, artigo inédito.

SAMTLEBEN, Jürgen. “*Teixeira de Freitas e a autonomia das partes no Direito Internacional Privado latino-americano*” in Augusto Teixeira de Freitas e il Diritto Latinoamericano, Cedam, Pádua, p. 193-211.

STRENGER, Irineu. Autonomia da Vontade em Direito Internacional Privado, RT, São Paulo, 1968.

ZWART, Sara G. “*The new international law of sales: a marriage between socialist, Third World, common, and civil law principles*”, in North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation, 13: 109-128, 1988.