

Autonomia da vontade no âmbito do Direito Internacional Privado: por uma interpretação liberal do artigo 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

Freedom of choice in the context of Private International Law: a liberal interpretation of Article 9 of the Introductory Law to the Brazilian Rules of Law

Caitlin Sampaio Mulholland¹

Resumo: O artigo 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) estabelece regra atribuindo que a qualificação e a regulação das obrigações constituídas em contratos internacionais se darão pela lei do país em que estas se constituírem. O questionamento da doutrina atual envolve a possibilidade das partes de um contrato multilocalizado elegerem uma legislação específica para regular sua relação contratual, derogando a aplicação do artigo 9º da LINDB, em plena aceitação do princípio da autonomia da vontade no âmbito da contratação internacional. Sustenta-se que na falta de proibição por parte do legislador pátrio quanto à solução da autonomia da vontade na escolha da lei aplicável, a mesma seria possível, desde que os limites impostos pelo sistema jurídico sejam obedecidos. Portanto, estariam fora da esfera da liberdade das partes contratos de trabalho e de consumo, bem como cláusulas atentatórias à ordem pública e aos bons costumes.

Palavras-chave: Direito Internacional Privado; Autonomia da vontade; aplicação de lei a contratos internacionais.

Abstract: Article 9 of the Law of Introduction to the Brazilian Rules of Law (LIBRL) establishes the statute assigning that the qualification and regulation of obligations established in international agreements shall be made by the law of the country in which they are incurred. The questioning of current doctrine involves the possibility of the parties to an international contract elect specific legislation to regulate its relationship derogating from the application of Article 9 of LIBRL in full acceptance of the principle of freedom of choice in international contracts. It is argued that in the absence of prohibition by the Brazilian legislature as to the solution of autonomy in choice of law, the selection would be possible, provided that the limits imposed by the legal system are met. Therefore, it would be outside

¹ Doutora em Direito Civil pela UERJ. Professora de Direito Civil da PUC-Rio.

the scope of the freedom of choice, labour contracts and consumer contracts and clauses prejudicial to public order and morality.

Key-words: International Private Law; Freedom of choice; application of law to international contracts.

Introdução.

A interpretação e aplicação do artigo 9º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro é tema recorrente na doutrina de Direito Internacional Privado, cuja principal controvérsia aborda a subsistência da autonomia da vontade como instrumento de escolha da lei a ser aplicada em contratos internacionais. O principal questionamento é se o direito brasileiro permite que as partes livremente elejam a lei regente em um determinado contrato internacional.

A jurisprudência pouco serve de auxílio para a discussão por ser insipiente quanto ao tema, de acordo com anotação de Nádia de Araujo: “A jurisprudência (...) não traz maiores esclarecimentos, nos casos pesquisados, o método conflitual clássico foi usado para determinar a lei aplicável, tendo os juízes entendido ser aplicável a lei brasileira ou a lei estrangeira, sem qualquer referência ao desejo das partes” (ARAUJO:1997, 160/161).

Considerando que na atualidade vivencia-se a contratação internacional com muito mais habitualidade do que em momentos anteriores em nossa história, desconsiderar a possibilidade da autonomia da vontade das partes ser elemento para a escolha da lei a ser aplicada a um contrato multilocalizado seria eventualmente um fator de dificuldade na construção de tais relações internacionais. Mas o fato é que, no Brasil, por força do disposto no artigo 9º, da LINDB, uma controvérsia foi instaurada pela doutrina, entendendo alguns que há pouco – ou nenhum – espaço para a autonomia da vontade quanto à eleição da lei a ser aplicável a determinado contrato, tendo em vista o princípio da territorialidade e a literalidade da regra que estabelece a qualificação e regência das obrigações pela lei do país em que estas se constituírem.

Breve evolução histórica do Direito Internacional Privado.

O princípio da territorialidade implica que uma lei emanada de um Estado é válida em seu território somente. No entanto, as transações entre sujeitos conectados a mais de uma ordem jurídica faz com que a extensão da influência da legislação se expanda, de tal sorte que os Estados devem proceder ao reconhecimento da validade de atos realizados legalmente

entre sujeitos conectados a mais de um ordenamento, “(...) cabendo ao direito internacional privado indicar qual ordenamento jurídico irá conter o critério para a resolução dos possíveis conflitos que advierem. Como cada país será o único árbitro para deliberar a conveniência da aplicação de sua lei em seu território, não deverá obedecer às normas alienígenas, salvo em casos excepcionais em que tenha o interesse de harmonizar tais conflitos, eliminando as controvérsias que surgirem, mediante adequada regulamentação pela Lei de Introdução e por tratados internacionais, consagrando princípios que contenham critérios de solução para os problemas de conflitos espaciais” (DINIZ:2004, 15/16).

A necessidade de aplicar a lei nacional para além do território, em contratos com partes ligadas a outros países, se faz presente e depende de elementos de conexão, o que, em nosso ordenamento é feito pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). É neste sentido de se buscar mecanismos de conexão que Jacob Dolinger defende que “(...) a escolha que se faz no direito internacional privado visa encontrar a lei mais adequada, que melhor justiça produzirá, a lei que as partes reconhecerem, ou reconheceriam se lhes fosse dada a escolha, como a mais intimamente ligada à hipótese, a lei mais pertinente à matéria, e esta decisão, quando tomada automaticamente pelas partes, escolhendo determinada lei, se opera antes que qualquer sistema jurídico interno tenha sido posto em operação. Em outras palavras, o contrato firmado em determinado país, em que as partes escolhem a lei de outro país, já nasce estranho ao local de sua realização, já surge sob a égide do outro Estado e, em assim sendo, a lei do local onde foi elaborado, não tem autoridade sobre o mesmo; trata-se de um ato jurídico das partes contratantes que nasce fora da jurisdição local, como se tivesse sido elaborado e concluído alhures” (DOLINGER:2007, 441/442).

De acordo com Jacob Dolinger, salvo em casos nos quais as partes escolham a lei a ser aplicada e/ou haja uma determinação legal, como ocorre nas Convenções de Roma e Haia, a regra geral aceita pelos sistemas jurídicos é a de adotar a lei do local em que o contrato é realizado. De acordo com o autor: “Todos os sistemas jurídicos aceitam que a forma dos atos, dos contratos, dos negócios jurídicos, é regida, em princípio, pela lei do país em que realizados, ressalvada a escolha de outra lei por opção das partes contratantes ou por alternativa oferecida no direito positivado, como é o caso das Convenções de Roma e de Haia, que admitem também a competência da *lex loci contractus*, pois ambas – a *lex* do *actum* e a *lex* do *contractus* provêm da mesma fonte, da mesma origem – o direito internacional privado no seu sentido mais lato” (DOLINGER:2007, 514).

Uma vez que a autonomia das partes em escolher a lei a ser aplicada em casos de contratos internacionais sofre limitação legal, por exemplo, por conta de convenções

internacionais, um breve comentário acerca de cada uma das convenções de Direito Internacional Privado (DIPr) existentes sobre o tema se faz necessário:

Código de Bustamante

O Código de Bustamante é convenção assinada e ratificada pelo Brasil e ainda em vigor, tendo em vista que o texto não foi revogado por nenhuma norma – externa ou interna, nem mesmo pela Lei de Introdução de 1942.

Uma vez que é a LINDB a norma interna de conexão aplicável em caso de conflito, quanto ao modo de utilização deste Código, a doutrina é divergente. De acordo com Luiz Cesar Ramos Pereira (PEREIRA: 1991, 52), o Código de Bustamante deve ser utilizado subsidiariamente em relação à LINDB, ao passo que para Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho (ESPÍNOLA: 1995, 408), este deve ser utilizado dependendo se a outra parte é ou não signatária. Não obstante, os autores convergem ao demonstrar que a adoção da lei do lugar (*lex fori*) como lei adequada para a resolução de conflito independe da norma adotada – se a LINDB ou se o Código de Bustamante –, já que é esta a lei utilizada pelos dois sistemas.

Convenção de Viena

Muito embora a Convenção de Viena (1980) não tenha sido ratificada pelo Brasil – sob o argumento de contrariedade entre o artigo 6º da Convenção e o artigo 9º da LINDB – tal fato não impede que seus termos sejam utilizados em contratos de compra e venda internacional nos quais o Brasil é parte, conforme demonstra Adriana Noemi Pucci e Paulo Eduardo Lilla (PUCCI e LILLA: 2005, 1). O cuidado, para tanto, é simples: para não ofender o disposto no art. 9º da LINDB, este contrato deve ser celebrado fora do Brasil e em país que tenha ratificado tal convenção. Do mesmo modo, “a Convenção também será aplicável no contrato entre ausentes se o país de domicílio do proponente a tiver ratificado” (PUCCI e LILLA: 2005, 1).

Partindo da possibilidade de se utilizar a Convenção de Viena ainda que o Brasil não a tenha ratificado, Adriana Noemi Pucci e Paulo Eduardo Lilla estabelecem que: “(...) para que a Convenção seja válida em um contrato internacional em que uma das partes é brasileira, bastaria inserir uma cláusula arbitral, escolhendo como direito aplicável a lei de um país que tenha ratificado a Convenção ou, ainda, é possível escolher como direito material aplicável os princípios gerais de direito, usos e costumes e regras internacionais de comércio, mencionando expressamente a Convenção de Viena” (PUCCI e LILLA: 2005, 1).

A solução dada parece ser razoável, uma vez que a inserção de uma cláusula arbitral garante maior liberdade para a escolha da lei em casos de conflitos envolvendo matérias de DIPr.

Convenção de Roma

A Convenção de Roma expressa em seu artigo 3º sobre a aplicação da lei às obrigações contratuais internacionais, autorizando às partes sua escolha – ou mera indicação de vontade. Do mesmo modo, esta Convenção utiliza-se do mecanismo da *dépeçage*, uma vez que a escolha da regra de conexão não precisa ser feita para todo o contrato, podendo ser feita a partes do texto, conforme disposto no artigo 3º:

- “a) 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.
- b) 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 contrato, não afecta a validade formal do contrato, na acepção do disposto no artigo 9.º, nem prejudica os direitos de terceiros.
- c) 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».
- d) A existência e a validade do consentimento das Partes, quanto à escolha da lei aplicável, são reguladas pelo disposto nos artigos 8.º, 9.º e 11.º”.

De acordo com o item “b” deste artigo, é permitido às partes alterar a lei escolhida inicialmente, ainda que no curso da transação. Esta, no entanto, não parece ser uma opção viável, vez que fere o princípio da segurança jurídica. Evitando possíveis confusões decorrentes da troca na lei a ser aplicada ao contrato, Maristela Basso defende que o melhor para “um negociador prudente” é escolher a lei em momento anterior à conclusão do contrato

e, ainda, fazer esta escolha com a máxima diligência evitando alterá-la posteriormente (BASSO: 1996, 203).

A escolha da lei, nos termos da Convenção de Roma, nem sempre requer um envolvimento real com as partes do contrato, sendo possível a elas escolherem uma terceira lei para regular a transação. Ao menos, é assim que defende Bernard Audit quando estabelece que “não é necessário que o contrato tenha vários vínculos efetivos com o país designado pela lei aplicável ao contrato, às partes é lícito designar uma terceira lei. Contudo, elas não poderão se subtrair à aplicação de uma lei imperativa, nos termos da Convenção de Roma, à qual o contrato se vincula de forma mais consistente” (*apud* BOUCAULT: 2001, 35).

Esta liberdade na escolha da lei não é infinita. Contratos envolvendo uma parte considerada hipossuprimida, como contratos de consumo e de trabalho, são protegidos pelo ordenamento jurídico, e também por esta Convenção, de tal sorte que há de se observar a legislação específica, norma imperativa.

Enquanto o artigo 3º da Convenção de Roma dispõe sobre a escolha da lei aplicável, o artigo seguinte complementa este dispositivo ao tratar dos casos em que esta escolha não tenha sido realizada pelas partes. Carlos Eduardo de Abreu Boucault demonstra que a solução é adotar a regra do país que tenha maior vínculo com o contrato, como “(...) a localização do contrato, *the proper Law of contract*, ou pela lei mais adequada à consecução do contrato, evitando-se, assim, um elemento de conexão de matiz rígida ou inflexível como o lugar da conclusão ou da execução do contrato, conforme a orientação da norma de Direito Internacional Privado do direito brasileiro” (BOUCAULT: 2001, 35).

Convenção do México

A Convenção do México, em 1994, foi ratificada apenas pelo México e Venezuela, tendo baixa adesão. A ratificação pelo Brasil teria sido importante, uma vez que seu texto define o papel da autonomia da vontade na escolha da lei aplicável ao contrato, o que, por sua vez, auxiliaria a doutrina pátria quanto ao uso do artigo 9º da LINDB – que não é expreso sobre o assunto.

Neste sentido é que Nádia de Araujo e Daniela Corrêa Jacques defendem a necessidade de adoção da Convenção do México pelo Brasil, substituindo, portanto, o artigo 9º da LINDB, de tal sorte que tal convenção “deveria reger não só as relações entre os países contratantes, mas também a relação do Brasil com outros países”. (ARAUJO e JACQUES:2008, 269). Tal argumento baseia-se na dicção do artigo 7º desta Convenção que estabelece: “ 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”.

Não apenas este artigo é a favor da autonomia das partes para a escolha da lei, como também dita o procedimento em caso de omissão quanto à lei desejada, o que pode ser complementado pela leitura do artigo 9º da Convenção: “Não tendo as partes escolhido o direito aplicável, ou se a escolha do mesmo resultar ineficaz, o contrato reger-se-á pelo direito do Estado com o qual mantenha os vínculos mais estreitos. O tribunal levará em consideração todos os elementos objetivos e subjetivos que se depreendam do contrato, para determinar o direito do Estado com o qual mantém os vínculos mais estreitos. Levar-se-ão também em conta os princípios gerais do direito comercial internacional aceitos por organismos internacionais”. Não obstante, se uma parte do contrato for separável do restante do contrato e mantiver conexão mais estreita com outro Estado, poder-se-á aplicar a esta parte do contrato, a título excepcional, a lei desse outro Estado.

A associação do artigo 7º ao 9º da Convenção do México é capaz de englobar todas as possibilidades existentes em um contrato internacional, o que, se tal convenção fosse ratificada pelo Brasil, encerraria a problemática da lei a ser aplicável. Não obstante, conforme entendimento de Maria Helena Diniz, a partir do momento em que a ratificação fosse feita pelo Brasil, a lei escolhida pelas partes teria vantagem frente ao critério *lex loci celebrationis*, otimizando a relação jurídica (DINIZ:2004, 283).

Por fim, o texto da convenção se mostra mais favorável às questões do dia-a-dia do Direito Internacional Privado que o texto da LINDB. Aliás, conforme demonstra Carlos Eduardo de Abreu Boucault, não é apenas em relação à LINDB que o texto desta convenção se mostra superior, o sendo, também, em relação à Convenção de Roma quanto à “(...) possibilidade da escolha de princípios uniformizadores ou unificadores dos contratos de compra e venda, como os adotados pelo Unidroit, ou da Lex Mercatoria, além da possibilidade de escolha de uma lei neutra ou mais adequada às peculiaridades do contrato” (BOUCAULT: 2001, 37).

Regras de conexão adotadas no Brasil.

Decidir qual será a lei a ser aplicada em um contrato internacional não é tarefa das mais simples exatamente pelo caráter *sui generis* destes contratos e aspectos díspares, de tal

sorte que “a lei aplicável ao contrato tratará apenas do que diz respeito à sua substância e aos seus efeitos” (ARAUJO:1997, 156). Para atender às necessidades crescentes de integração e uso de normas para além do território original, a dinâmica tradicional do Direito Internacional Privado construiu algumas normas de conexão as quais, via de regra, devem ser utilizadas para todo o contrato.

No entanto, alguns autores, como Nádia de Araujo, propõem a utilização de um mecanismo chamado *dépeçage*, onde a regra de conexão é aplicada a uma ou mais partes do contrato, formando um mosaico e, portanto, utilizando-se, de mais de uma regra de conexão. Para a autora, a *dépeçage* (ou fracionamento) “é um mecanismo pelo qual um contrato ou uma instituição é dividida em diferentes partes, que serão, cada uma delas, submetidas a leis diferentes. Pode ocorrer em dois níveis. No primeiro, pelo próprio sistema de DIPr, pois a substância pode ser regida por uma lei, enquanto, p.e., a capacidade das partes, a forma, e a execução, será regida por outra. No segundo, o *dépeçage* decorre da própria autonomia das partes que têm a faculdade de determinar mais de uma lei aplicável ao contrato. Nesse nível, temos um desdobramento da noção de autonomia da vontade, pois além de escolher a lei para o contrato, poderão, ainda, fazer mais de uma escolha em vista da complexidade de um determinado contrato multiconectado” (ARAUJO:1997, 156).

Cabe lembrar das limitações impostas à autonomia da vontade pelo ordenamento jurídico: contratos de consumo e de trabalho seguem normas imperativas e, de acordo com a LINDB, *bons costumes* e à ordem pública também estão fora da esfera desta autonomia. Ainda, para que a *dépeçage* seja tida como coerente, o mosaico deve resultar em um todo conexo evitando-se resultados contraditórios (BASSO: 1996, 203).

O mecanismo do *dépeçage*, embora pareça otimizar os resultados, não é solução prática, de tal modo que a opção com maior aceitação na realidade do DIPr é a escolha de uma única regra de conexão para a totalidade do contrato. A autonomia da vontade é o princípio que garante a liberdade de pactuar, inclusive de escolher outra forma para os atos jurídicos que não os preexistentes no local da contratação –; assim como este, existem outros princípios adotados, como a “*locus regit actum* que é uma norma básica do direito internacional privado, de fonte costumeira, não dependendo, a rigor, de estar expressamente declarada no direito internacional privado positivo” (DOLINGER: 2006,154).

O *locus regit actum* é princípio a ser aplicado unicamente em questões de forma, não produzindo efeitos sobre outras questões. Sua aplicação garante celebrar atos jurídicos válidos como consequência da obediência à forma ditada pela lei do local onde o ato foi celebrado.

No direito pátrio as regras de conexão e regras relativas à formação de contratos estão elencadas no artigo 9º da LINDB - mais especialmente seu parágrafo segundo – e também no artigo 435 do Código Civil. Utiliza-se um critério de localização geográfica para a eleição da norma a ser utilizada em casos de contratos multiconectados. Ainda, em se tratando de contratos internacionais, entende-se que o critério para resolução do conflito passa a ser o da lei onde foi proposto o contrato.

Seguindo o conceito de localização geográfica, Maria Helena Diniz defende que o ordenamento jurídico pátrio adotou o critério da “territorialidade moderada”: enquanto bens e obrigações são regulados pelo princípio da territorialidade, regulados pelos arts. 8º e 9º da LINDB, para qualificar bens e reger suas relações aplica-se a *lex rei sitae* (DINIZ: 2004, 17).

Carlos Eduardo de Abreu Boucault é outro autor a comentar acerca da tendência do legislador brasileiro em adotar as regras *lex loci executionis* e *locus regni actum* como regras de conexão da substância e da forma do contrato, respectivamente, conforme o “Esboço” de Teixeira de Freitas. No entanto, a doutrina não é uniforme, sendo possível encontrar posições contrárias, como em Rodrigo Otávio e Pontes de Miranda ao defenderem que “(...)a vontade das partes não tem o condão de eliminar a incidência da norma de Direito Internacional privado pelo legislador pátrio, porquanto, embora decorra do exercício da livre convenção entre as partes, o contrato tem como substrato uma fonte normativa” (BOUCAULT:2001, 36/37).

Entende-se com base no artigo 9º da LINDB, que a lei a ser aplicada ao contrato é aquela do país no qual as obrigações foram constituídas. Neste sentido, recorre-se aos ensinamentos de Pimenta Bueno ao justificar esta posição:

“a) (...)desde que as partes guardaram silêncio, deve entender-se que quiseram conformar-se com a lei do lugar e usos respectivos, o que a rigor redundaria na teoria da escolha tácita da lei aplicável pelos contratantes; b) a aplicação da lei onde o contrato foi firmado se conforma com o princípio da soberania das nações que domina os fatos verificados no respectivo país; c) o contrato deve ser regido pela lei do local onde se deu o encontro de vontades” (PIMENTA BUENO: 2007, 487).

Encontram-se autores que defendem a aplicação menor de outras regras de conexão, tais como Nádya de Araujo – definindo que a lei de execução encontra espaço no ordenamento pátrio – e Luiz Cesar Ramos Pereira ao entender que a absorção pelo art. 9º da LINDB de princípios do art. 164 do Código de Bustamante abriam espaço para a aplicação do princípio

da *lex causae* –, apesar de a regra estipulada na legislação brasileira referir-se ao local de celebração (*lex loci contractus*).

Embora o art. 9º trate da lei do local da celebração, a posição não é tranqüila na doutrina, sendo uma questão identificar a norma de conexão adotada pelo Brasil, lembrando sua participação em Convenções internacionais – que nem sempre segue a mesma linha adotada pelo direito interno. Não apenas este é um complicador no estudo do artigo 9º da LINDB, como o são o foro eleito e a ordem pública, conforme demonstra Nádia de Araujo: “existem ainda dois complicadores a serem levados em conta no estudo acerca da interpretação do artigo 9º da LINDB. O primeiro diz respeito ao foro eleito. As cláusulas de eleição de foro e de lei aplicável não se confundem. Pode-se escolher um determinado foro para discutir os litígios advindos da relação contratual e naquele local utilizar-se a lei de um terceiro país no que diz respeito às regras materiais concernentes ao contrato em questão. O segundo, à ordem pública, pois a escolha das partes pode levar a uma lei que contenha dispositivos que não são aceitos pelos critérios de ordem pública do foro, ou ainda, serem contrárias à disposição de caráter imperativo” (ARAUJO: 1997, 157).

Definição do caráter da norma do artigo 9º da LINDB.

Definir o caráter da norma do artigo 9º da LINDB é etapa essencial para que se compreenda o papel da autonomia da vontade como princípio aplicável em casos de conflito envolvendo mais de uma ordem jurídica. Muito embora a LINDB não seja expressa quanto à aplicação da autonomia da vontade como regra de conexão, foi determinante em limitar seu escopo – excluindo-a ao tratar de ordem pública e bons costumes, casos nos quais o legislador optou por fixar normas imperativas e, portanto, inafastáveis pela vontade das partes.

Por consequência, apenas em se tratando de norma supletiva as partes teriam liberdade de pactuar a lei responsável pela regulação do contrato. Esta é a opinião de Arnoldo Wald para quem “celebrado o contrato no Brasil ou feita a proposta em território brasileiro, as obrigações decorrentes estão sujeitas à lei brasileira, nas matérias em que a mesma é imperativa, e à vontade das partes, se for supletiva a lei brasileira ou dentro dos limites em que mesma não for imperativa” (WALD: 2007, 447).

Para melhor compreender o posicionamento da doutrina, retoma-se o entendimento anterior quando à aplicação da *Locus Regit Actum*, disposta no artigo 9º da LINDB. Segundo Jacob Dolinger,“(…) entendemos que *locus regit actum* é uma regra de conexão e não um princípio, eis que não é obrigatória, pois as partes têm liberdade de contratar de acordo com formas diferentes das utilizadas no local do ato. Só que esta regra tem como consequência,

que as formas utilizadas no local da contratação, ou da realização do ato, serão respeitadas internacionalmente. Aí estamos diante de uma manifestação de direito adquirido, que assume foros de princípio. (...) Em outras palavras, seguir as formas usuais do local, para validar o ato – esta é uma regra. Seu reconhecimento internacional – insere-se no princípio dos direitos adquiridos” (DOLINGER:2007, 521).

Jacob Dolinger ensina que a aplicação da autonomia da vontade exclusivamente em normas supletivas não teria sentido, uma vez que pela natureza destas, o ordenamento jurídico já garante às partes adotarem, em consenso, cláusulas legais que julgarem melhores, mesmo que de direito externo. Assim, define o autor, a possibilidade de escolha da lei ocorre como meio de transpassar a imperatividade de algumas normas locais, de tal forma que as partes não mais se submetam a este, mas a outro ordenamento jurídico (DOLINGER: 2007, 427).

Heloisa Assis de Paiva é categórica ao definir pela imperatividade do art. 9º da LINDB de modo a excluir a possibilidade de escolha da lei, exceto em se tratando de contrato de trabalho – e onde, por norma específica, determina-se que a lei a ser aplicada é a lei do local de execução do serviço – ou em contratos de transferência de tecnologia – submetidos às regras do direito territorial (PAIVA: 2004, 58).

Outra doutrinadora que defende pela cogência do artigo 9º da LINDB é Maria Helena Diniz, a qual aceita a aplicação da autonomia da vontade não para a escolha da lei a ser aplicada, mas para a escolha do local em que a obrigação será constituída, permitindo, então, uma espécie de “escolha indireta”. Do mesmo modo, Maristela Basso defende que “(...) o art. 9º, caput, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, como norma de ordem pública, não pode ser afastado pela vontade das partes. Assim, a regra de prudência que o negociador deve observar é procurar realizar o negócio no país cuja lei pretende que seja aplicada ao contrato, razão pela qual, é importante a escolha do local da negociação” (BASSO, 1996, 201). Ou, ainda, para evitar eventuais conflitos, Eduardo Salomão Neto entende que “é sempre aconselhável que os documentos sejam firmados no país cuja lei se pretende que reja a transação” (SALOMÃO NETO: 2004, E2).

Pontes de Miranda continua o raciocínio ao demonstrar que: “a autonomia da vontade não existe no Direito internacional, nem como princípio, nem como teoria aceitável. Porque: a) na parte de cogência, há uma lei aplicável, que poderá conferir à vontade, por estranha demissão de si mesma, o poder de desfazer tal imperatividade, quer dizer – um imperativo que se nega a si mesmo, que se faz dispositivo; b) fixados pela lei aplicável os limites da autonomia, dentro deles não há escolha de lei, há “lei” (ou outra coisa, lei revogada,

página de livro, memorando, cartas), que constitui conteúdo, citação, parte integrante de um querer” (*apud* DOLINGER: 2007, 434).

Por outro lado, José Inácio Gonzaga Franceschini (FRANCESCHINI: 2002, 74), Wilson de Souza Campos Batalha (*apud* DOLINGER: 2007, 439) e Luiz Gastão Paes de Barros Leães (*apud* DOLINGER: 2007, 448) são partidários da opinião de Serpa Lopes, para o qual só se admite a autonomia no campo das normas interpretativas ou facultativas (*apud* DOLINGER: 2007, 438).

Do conjunto do artigo 9º: caput e parágrafos.

Não há que se falar em controvérsia entre o parágrafo segundo e o caput do artigo 9º, conforme demonstra Jacob Dolinger. Ao contrário, complementam-se “(...) para determinar que o contrato internacional é regido pela lei do país em que se constituiu, e que esta constituição se presume localizada no país em que residir o proponente da transação” (DOLINGER: 2007, 492).

Entende-se por local de residência do proponente não apenas o local onde de fato vive, mas também o local de onde emanou a proposta, havendo, uma interpretação extensiva da expressão. Quanto à discussão sobre como interpretar o verbo “residir”, cabe observar ensinamento de Amílcar de Castro segundo o qual “(...) o verbo residir tem dois sentidos: significa estabelecer morada ordinária, morar, ter sede, mas significa também achar-se, ser, estar e com este último sentido é que se encontra no art. 9º, §2º. Lugar em que residir o proponente, quer dizer lugar onde estiver o proponente. A pessoa pode ter residência, morada, no estrangeiro, e propor contrato no Brasil; e o que o art. 1.087 do Código Civil e o art. 9º, §2º, da Lei de Introdução têm em vista é o lugar onde foi feita a proposta. Se for feita no Brasil, aqui se considerará constituída a obrigação, e pelo direito brasileiro é que deverá ser regida no fundo e na forma. O §2º não abre exceção, e sim apenas esclarece e confirma o que dispõe o art. 9º, mantendo a mesma regra do art. 13 da antiga Introdução ao Código Civil” (CASTRO: 1997, 444).

Ainda que não haja conflito entre a norma ditada no caput e no parágrafo segundo do art. 9º da LINDB, Eduardo Salomão Neto diferencia o uso de um e de outro de acordo com o nível em que se encontra o contrato – se o acordo está mais próximo de uma proposta, aplicar-se-ia a regra fixada no caput deste artigo. Ao contrário, se a proposta já foi formalizada, há de se aplicar a regra do parágrafo segundo deste art. 9º, sendo aconselhável finalizar o contrato no país cuja lei seja desejável para reger a obrigação (SALOMÃO NETO: 2004, E2).

Sobre a autonomia da vontade nos contratos internacionais.

Antes da vigência da Lei de Introdução ao Código Civil de 1942, o princípio da autonomia da vontade era amplamente aceito pelos teóricos e práticos do Direito Internacional Privado. A entrada em vigor da LICC/1942, contudo, ao retirar de seu artigo 9º a expressão permissiva “salvo disposição em contrário”, estabelecido no artigo 13 da Lei de Introdução anterior, de 1916, fez nascer uma nova interpretação a respeito do princípio da autonomia.

Apesar de não constar da norma atual, há quem defenda que esta expressão poderia ainda ter efeitos no dispositivo de 1942, como Haroldo Valladão ao defender que “princípios básicos não podem desaparecer por sua simples omissão num código ou numa lei” (*apud* GEBLER:1992, 96).

Por outro lado, Oscar Tenório defende que ao que tange a interpretação do artigo 9º da LINDB, não há que se falar em autonomia da vontade como entendido no direito internacional (DOLINGER:2007,437). Esta somente seria aceita se assim estipulado na lei do local em que o contrato foi formalizado (e, portanto, a obrigação constituída), de tal modo que, para o autor, o artigo 9º, não estabelece expressamente a teoria da autonomia da vontade, mas também não a proíbe, deixando sua permissão à lei do contrato de forma indireta, como também defende João Grandino Rodas (RODAS:2002, 54/55).

Com base nesta limitação imposta pelo próprio direito é que se poderia concluir que a autonomia da vontade não é instrumento de fato, sendo restringida à escolha do lugar em que o contrato será firmado. Neste sentido, no que a vontade das partes sofrer limitação do direito interno, também o sofrerá do direito internacional privado (PERERIA: 1991,56).

Por tudo isto que Luiz Cesar Ramos Pereira defende a existência da autonomia da vontade e, portanto, da liberdade contratual de modo parcial, não absoluto, “somente nos moldes dos elementos fundamentais de estruturação dos negócios jurídicos, introduzidos pela ordem jurídica concreta. Esta liberdade preconizada pelos alemães e por nós esposada, deve ser distinguida entre liberdade de contratar, liberdade de estruturar o conteúdo do contrato, liberdade de rescindir, liberdade de forma e liberdade de escolher os parceiros contratuais, para se ter uma verdadeira *lex contractus*, sem que com essa auto-regulamentação, haja um abuso da liberdade contratual” (PERERIA: 1991,57). Ainda, Luiz Cesar Ramos Pereira elenca como limitador maior a norma imperativa de ordem pública (nacional ou internacional).

Ao mesmo tempo, Haroldo Valladão entende que este princípio está contido no parágrafo 2º do artigo 9º por defender que o legislador equivaleu-se do termo reputa-se como sinônimo de presume-se, como pode ser observado em trecho: “(...) esta fórmula “presume-

se”, “reputa-se”, cobre sempre o princípio da autonomia da vontade, abrindo a tradicional ressalva “salvo estipulação em contrário”, ou “em falta de vontade expressa ou tácita”. Havendo tal escolha, expressa ou tácita, não predomina a lei da residência do proponente, substituída pela eleita pelas partes” (*apud* DOLINGER:2007, 432).

Outro autor que também se mostra favorável à autonomia da vontade como princípio contido na norma do artigo 9º é Lauro Gama E Souza Jr., ao dispor que “(...) é o modo de solução de controvérsias que determina o império da autonomia da vontade ou a sua navegação, e não a natureza contratual da relação jurídica” (GAMA: 2006, 609). A autonomia da vontade como regra de conexão aplicável e absorvida pelo ordenamento brasileiro a partir do art. 9º, §2º da LINDB encontra, para o autor, fundamento no art. artigo 5º, II da Constituição e o princípio da reserva legal simples. Assim, uma vez que o art. 9º não traz proibições, ele aceita a aplicação da autonomia da vontade.

Do contrário, Maria Helena Diniz entende não ter o citado artigo contemplado a autonomia da vontade como elemento de conexão, pois se trataria de norma cogente e que não pode ser alterado pelas partes, lembrando, ainda, das limitações dispostas na legislação brasileira quanto à boa-fé, a ordem pública interna, a soberania nacional e os bons costumes (DINIZ: 1994, 264).

A controvérsia acerca da autonomia da vontade como princípio integrante das regras de conexão adotadas pela legislação brasileira pode ser bem resumida por Ricardo Ramalho Almeida: “conquanto a autonomia da vontade nos contratos internacionais seja, hoje, universalmente reconhecida e aceita, e até mesmo apontada como “princípio objetivado em todo complexo comportamental do comércio internacional” (Strenger, 1996, p. 91), o fato é que, no Brasil, em razão da falta de previsão legal expressa da faculdade de exercício da autonomia da vontade no campo internacional, parte da doutrina manifesta ceticismo em face do texto do artigo 9º da vigente Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro” (ALMEIDA:2005, 20/21).

Do exposto, pode-se concluir pela existência de três correntes majoritárias acerca da validade do princípio da autonomia da vontade como norma de conexão permitida pelo ordenamento brasileiro, mais especificamente pelo artigo 9º da LINDB:

a. A primeira entende que a eliminação da expressão “salvo em disposição em contrário” disposta no artigo 13 da Lei de Introdução anterior também suprimiu a possibilidade de se aplicar este princípio com base no artigo 9º da atual LINDB. Para Lauro Gama, esta corrente seria classificada como “realista”, “(...) pois seus partidários não

vislumbram elementos concretos no ordenamento que justifiquem uma posição favorável à autonomia” (GAMA: 2006, 606);

b. A segunda corrente, classificada por Lauro Gama como sendo “mais conciliatória”, aceita a autonomia da vontade, desde que limitada “universo das normas supletivas, (...) sendo inextensível a matérias sujeitas a normas imperativas ou afetas à ordem pública” (GAMA: 2006, 606/607);

c. Por fim, a terceira corrente entende que a autonomia da vontade sempre esteve presente como instrumento de conexão aceita pelo direito brasileiro (GAMA: 2006, 607).

Interpretando a norma: há possibilidade de liberdade de escolha de lei aplicável?

Conforme destacado ao longo do texto, a doutrina diverge quanto a possibilidade das partes optarem quanto à lei a ser aplicada a um contrato internacional. Os que defendem pela liberdade, entendem que esta escolha deve ter, minimamente, alguma relação com o contrato e/ou suas partes, o que se justifica pelos princípios da segurança jurídica e justiça formal, de acordo com Nádia de Araujo (ARAUJO: 2003, 38).

A doutrina predominante proíbe o uso da autonomia da vontade para escolha da lei em contratos internacionais por entender que o artigo 9º da LINDB tem caráter de regra cogente e, portanto, inafastável.

Outra corrente defende ser a própria lei a autorizar a autonomia da vontade, ou seja, esta autonomia estaria condicionada à norma vigente, como demonstra Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho: “afirma-se que a lei, que atribui virtude jurídica à vontade dos contratantes, é sempre ditada pelo legislador a que estão sujeitos: é ela que transforma a sua vontade, de puro fato natural, em fato jurídico, e lhe dá, portanto, o poder que se diz de autonomia. Essa lei só poderá ser a *lex fori* ou alguma das leis a que ela se reporte” (ESPINOLA: 1995, 416).

Entende-se pela possibilidade de aplicação da autonomia da vontade na escolha da lei, desde que se atente para a existência de limites a esta livre escolha das partes, como os impostos pela própria LINDB ao tratar de ordem pública e violação de bons costumes, posicionamento adotado por Amílcar de Castro e Eduardo Gebler. Por este motivo, entende-se que a melhor saída para que as partes consigam aplicar a melhor lei ao caso concreto seja a escolha ótima do local em que este contrato é firmado.

Não obstante, entende-se, em conformidade com os ensinamentos de Lauro Gama, que, pelo disposto no art. 5º, II da CF, pode-se afirmar que a inexistência de proibição

expressa no art. 9º da LINDB à liberdade de escolha de lei a ser aplicada a um contrato internacional representa, no silêncio da lei, a sua permissividade (GAMA: 2006, 622).

Conclusão

Em conclusão, pode-se destacar que:

(i) Quanto à aceitação da autonomia da vontade na escolha da lei aplicável em contatos internacionais, observa-se na doutrina pátria três correntes: os contrários à aplicação da autonomia da vontade; os que a aceitam exclusivamente para as regras facultativas e os que a aceitam integralmente.

(ii) Tendo como base o Direito Internacional Privado clássico, as convenções internacionais e a falta de proibição do legislador pátrio quanto ao uso da autonomia privada, entende-se que a aplicação da autonomia da vontade é possível, desde que os limites impostos pelo sistema jurídico sejam obedecidos. Portanto, estariam fora da esfera da liberdade das partes contratos de trabalho e consumo, bem como os que se referem à ordem pública e bons costumes.

(iii) Evitando divergências quanto à escolha da lei, a melhor saída para que as partes otimizem o resultado e se coadunem ao princípio da segurança jurídica é a escolha ótima do local de constituição da obrigação que, por sua vez, determina a lei a ser aplicada em se tratando de contratos envolvendo mais de um sistema jurídico. De acordo com a LINDB, é esta a regra de conexão oficialmente adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Bibliografia

ALMEIDA, Ricardo Ramalho. Arbitragem Internacional Comercial e Ordem Pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BASSO, Maristela. A Autonomia da Vontade nos Contratos Internacionais do Comércio. IN: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, vol. 12, 1996.

BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu. O art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil e a Lei Aplicável aos Contratos de Transporte Marítimo no Direito Internacional Privado. IN: Revista de Direito Privado, ano 2, out-dez/2001.

CASTRO, Amílcar de. Direito Internacional Privado. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DE ARAUJO, Nádía e JACQUES, Daniela Corrêa. Contratos Internacionais no Brasil: posição atual da jurisprudência no Brasil. IN: RTDC, v. 34, abr-jun/2008.

DE ARAUJO, Nádía. Autonomia da vontade nos contratos internacionais - Situação atual no Brasil e no Mercosul. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n. 06, p. 153-161, jul./dez. 1997.

DE ARAUJO, Nadia. Contratos Internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e Convenções Internacionais. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

DE ARAUJO, Nádía. Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DE PAIVA, Heloisa Assis. “Escolha da Lei de Regência nos Contratos Internacionais”. IN: Revista de Direito Internacional e Econômico. Ano II, n. 7, abr-jun/2004

DINIZ, Maria Helena. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada, 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

DOLINGER, Jacob. Direito Internacional Privado: contratos e obrigações no direito internacional privado. V. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

ESPÍNOLA, Eduardo e ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. “A Lei e o Foro de Eleição em tema de contratos internacionais. IN: Contratos Internacionais”. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2002.

GAMA E SOUZA JR, Lauro da. “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: Carmen Tiburcio e Luís Roberto Barroso (coords.). *O Direito Internacional Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GEBLER, Eduardo. O contrato internacional no direito de empresa. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, n. 85, jan./mar. 1992

PUCCI, Adriana Noemi e LILLA, Paulo Eduardo. Lei Aplicável ao Contrato de Compra e Venda Internacional de Mercadorias. Gazeta Mercantil – 19.05.05.

RAMOS PEREIRA, Luis Cezar. Aspectos Gerais sobre as Regras Nacionais de Direito Internacional Privado, relativas às Obrigações (Análise do art. 9º, da LICC). IN: Revista dos Tribunais, ano 5, n. 18, jan-mar/1997.

RAMOS PEREIRA, Luiz Cesar. Aspectos gerais sobre as regras nacionais de direito internacional privado relativas às obrigações – análise do art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil. IN: Revista dos Tribunais, ano 80, v. 665, mar/1991.

RODAS, João Grandino. "Elementos de Conexão do Direito Internacional Privado Brasileiro Relativamente às Obrigações Contratuais". IN: Contratos Internacionais. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2002.

SALOMÃO NETO, Eduardo. A Lei aplicável às operações bancárias internacionais: "As regras que regem as transações financeiras internacionais são mal conhecidas e às vezes pior interpretadas". Valor Econômico, São Paulo, 27/01/2004. Legislação & Tributos.