

A autonomia da vontade nos contratos internacionais - Situação atual no Brasil e no Mercosul ()*

NADIA DE ARAÚJO (**)

SUMÁRIO:

- 1. Introdução**
- 2. O método do DIPr e a autonomia da vontade**
- 3. A autonomia da vontade no Brasil**
- 4. Conclusão**

1 - Introdução

A autonomia da vontade nos contratos internacionais é tema que sempre exerceu grande fascínio nos juristas ligados ao Direito Internacional Privado - DIPr, desde o século passado. Em 1927, **Niboyet** já considerava sem exagero dizer que a teoria da autonomia da vontade é o tema mais difícil de todo o Direito Internacional Privado.¹

Em São Paulo, também o Prof. **Irineu Strenger** apaixonou-se pelo tema, objeto de sua livre-docência, na qual comentou que poucas matérias existem que se revistam de tal importância e complexidade do ponto de vista do Direito Internacional Privado como a relativa ao direito obrigacional.²

¹ NIBOYET, in *Recueil de Cours*, 1927.

² STRENGER, Ireneu, — *Autonomia da vontade em Direito Internacional Privado*, São Paulo, Ed. RT, 1968, p. 214.

Ole Lando ³, um dos mais conceituados juristas dedicados ao tema, esclarece que o direito das partes em escolher qual a lei governa um contrato internacional é tão amplamente aceito nos países do mundo que se constitui em um desses princípios comuns ao âmago de todos os sistemas legais. ⁴

No entanto, o interesse não tem apenas cunho acadêmico. Recentemente, em uma conversa com um advogado do Rio de Janeiro, muito atuante na área de contratos internacionais, informou-me que estivera em Nova York negociando um contrato e que a cláusula de lei aplicável foi objeto de dois dias de discussão. Assim, pode-se dizer que são características do tópico ser muito estudado, falado, e discutido em negociações contratuais, justamente para evitar deixar a sua solução futura aos tribunais, que podem interpretá-la de forma diversa daquela desejada pelas partes, razão por que aparece pouco na jurisprudência.

2 - O método do DIPr e a autonomia da vontade

Desde logo é preciso destacar que “autonomia da vontade no DIPr, utilizada nos Contratos Internacionais” nada tem a ver com o que os civilistas agora gostam de chamar de “autonomia privada” e que diz respeito a faculdade das partes em contratar.

Para o DIPr, autonomia da vontade significa permitir que partes escolham a lei aplicável ao contrato internacional. Essa possibilidade só existe no contrato internacional, pois nos contratos internos não é possível determinar qual o sistema jurídico que vai resolver suas questões. Aliás, essa é uma importante diferença entre contratos internos e os internacionais.

No contrato internacional, devido a sua característica de estar ligado a mais de um sistema jurídico, é preciso saber qual será a lei aplicável. E hoje a maioria das fontes internacionais (doutrina, lei - de origem interna ou internacional-, e jurisprudência) no sentido de que as partes tem a faculdade de optar pelo sistema de sua preferência para regular a relação jurídica, ou ainda um terceiro sistema, tido por elas como neutro, talvez mais adequado às especificidades de um dado contrato.

³ Atribui-se a CHARLES DUMOULIN, jurista francês do século XVI, o desenvolvimento do princípio da autonomia da vontade no Direito Internacional Privado. São do início do século os primeiros acordãos franceses que tratam da questão, culminando com o acórdão-marco American Trading Co. 'Para texto integral, ver ANCEL, Bertrand e LEQUETTE, Yves, *Grands arrêts de la jurisprudence français e de droit international privé*, Paris, Ed. Sirey, 1987, pp. 66/73.

LANDO, Ole, *Contracts in International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. III, capítulo 24, Tübingen, Haia, Mohr/Mouton, 1976 e *The Conflict of Laws of Contract. General Principles*, Recueil de Cours, tomo 189, 1985.

⁴ LANDO, Ole, *International Encyclopedia...*, cap. 24, p. 3.

A crescente preocupação da comunidade internacional com a harmonização e uniformização dos conflitos de lei na área dos contratos internacionais justifica-se por ser esta uma área do direito de vital interesse no desenvolvimento do comércio mundial e na tendência de formação de blocos econômicos, que juridicamente se traduzem em processos integracionistas. Veja-se, por exemplo, a Comunidade Européia, o Mercosul e o Nafta.

Isso porque o maior fluxo comercial intracomunitário também aumenta o volume de contratos internacionais e, conseqüentemente, os problemas decorrentes da lei a eles aplicada em caso de litígio.

A codificação uniforme do Direito Internacional Privado, no âmbito latino-americano, é um dos fatores imprescindíveis para se atingir a integração econômica do continente, e também aumentar a inserção desses países no contexto mundial. Sem uma uniformização jurídica não se pode fazer a integração econômica ou política, pois é preciso garantir aos atores desse processo uma base normativa com regras comuns, especialmente as regras conflituais de Direito Internacional Privado.⁵

Há que se notar que, na América Latina, esse movimento está em estágio adiantado, pois datam do século passado as iniciativas que resultaram no Congresso de Lima, de 1878, os Tratados de Montevideu (1898/99 e 1940), e o Código Bustamante, de 1928. A partir dos anos setenta, a atividade codificadora foi assumida pela OEA, que promoveu até a presente data cinco conferências intermeramericanas especializadas sobre a matéria (CIDIPs), resultando em 22 convenções.

Evidentemente muitos acharam, especialmente no passado, que dar às partes a faculdade de escolher a lei aplicável é dar-lhes um poder quase legiferante, que só caberia aos Estados. Mas esta posição restou isolada com o passar dos anos, pois hoje se entende que a autonomia da vontade se estende até esse ponto nos contratos internacionais justamente por causa de suas características especiais.

E o que vem a ser escolher a lei aplicável? Significa, concretamente, inserir em um contrato internacional uma cláusula que estipule a lei à qual o contrato estará submetido. Esta poderá ser feita de forma expressa, o que certamente é mais seguro, ou ser inferida de forma tácita a partir da análise da vontade das partes, situação que deixa margem à incertezas.

De plano é preciso dizer que a cláusula não é uma panacéia, nem abrange todas as questões atinentes ao contrato. Como bem se vê dos estudos do método do Direito Internacional Privado, há regras de conexão para cada uma das situações que se

⁵ O Brasil sempre esteve presente às Conferências, tendo assinado a maioria das Convenções. Nos últimos dois anos, a maioria delas entrou em vigor no Brasil, pelo que estamos, afinal, alinhados com o restante da América Latina.

apresentam. E, antes de iniciar esse processo de aplicação das regras determinadas é preciso classificar a situação jurídica dentro de um rol de qualificações para, em seguida, aplicar a regra pertinente, chegando-se afinal ao direito vigente à situação concreta.

O contrato internacional é uma situação jurídica complexa, pois envolve diversos aspectos que não podem ser tratados conjuntamente. Assim, a lei aplicável ao contrato tratará apenas do que diz respeito à sua substância e aos seus efeitos.

A realidade descrita acima chama-se *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.

Historicamente o sistema de *splitting* do contrato originou-se na Alemanha, com os ensinamentos de **Savigny**, que reputava aplicável a lei do local da execução para as obrigações contratuais, o que podia ter como conseqüência a aplicação de mais de uma lei ao mesmo contrato. **Savigny**, um dos primeiros universalistas dos tempos modernos, argumentava que cada relação jurídica possuía uma sede. E a existência de mais de uma *sede* no caso dos contratos, a lei do local de sua execução, poderia levar a aplicação de mais de uma lei, quando cada parte tivesse de executar sua obrigação em países diferentes. Para ele a *obrigação* e não o *contrato*, era a relação jurídica, razão porque era natural localizar cada uma delas em um país.

Os contratos internacionais são, portanto, operações que, por sua complexidade, podem estar ligados a mais de um ordenamento jurídico ao mesmo tempo; é necessária, assim, a utilização de mais de uma regra de conexão para resolver cada um de seus aspectos, o que implica na utilização do *dépeçage*.

Maria Helena Diniz⁶ traduz o termo como *despedaçamento*. Significa utilizar, ainda segundo a autora, um método analítico mais profundo de todos os elementos de conexão existentes no contrato internacional, qualificando-o mais perfeitamente.

Dar-se-á o *dépeçage* quando em uma dada situação jurídica multiconectada for possível a incidência de normas de diferentes ordens jurídicas relativamente a diferentes aspectos de um contrato. Considerando que há limitações à autonomia da vontade dos contratantes, e sua vontade não pode reger todos os aspectos do contrato,

⁶ DINIZ, Maria Helena, *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*, vol. I, São Paulo, Ed. Saraiva, 1993, p. 473 e seguintes.

é preciso decompor o contrato em seus vários elementos, para aplicar a cada uma de suas partes a lei pertinente. Por exemplo, pode ocorrer em um contrato que a capacidade das partes seja regida pela lei pessoal, as obrigações das partes pela lei escolhida através da autonomia da vontade, a forma à lei da celebração, e a transferência do domínio, à lei da situação do imóvel.

João Grandino Rodas,⁷ em estudo recentemente atualizado e de grande profundidade, alude que não só é problema ínsito a todo contrato internacional a questão do direito aplicável, como a opção realista pela aceitação de que seja regida por mais de um sistema jurídico, aplicando-se o *morcellement*, com a conseqüente aplicação de vários direitos, acrescentando:

“A verdade é que, mesmo os unitaristas, como exemplificativamente Niboyet, viram-se forçados a reduzir a unificação ao fundo do contrato, deixando eventualmente para outros direitos a regência da capacidade e da forma. Os partidários da pluralidade regencial aceitam ademais a dépeçage ou morcellement, da substância ou fundo contratual com a conseqüente aplicação de vários direitos.”

Divide, ainda, os elementos de conexão do DIPr relativos às obrigações em quatro pontos: os relativos à capacidade da pessoa física; à capacidade da pessoa jurídica; aos aspectos extrínsecos ou formais e a aspectos intrínsecos ou de fundo.

Existem ainda dois complicadores a serem levados em conta. 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 disposições de caráter imperativo.

Do exposto se conclui que apesar das partes poderem escolher a lei aplicável em um contrato internacional, esta escolha possui limites que não podem ser ignorados, devendo obedecer, no caso concreto, a uma gama de fatores maior do que sua aparência à primeira vista.

⁷ RODAS, João Grandino, *Elementos de Conexão do Direito Internacional Privado Brasileiro, relativamente às obrigações contratuais*, in *Contratos Internacionais*, coord. João Grandino Rodas, São Paulo, RT, 1995.

3 - A autonomia da vontade no Brasil

No Brasil, a autonomia da vontade foi considerada como permitida a par da interpretação doutrinária dada ao artigo 13 da Lei de Introdução ao Código Civil, de 1916, por causa da expressão ali existente *salvo estipulação em contrário*.⁸

Beviláqua, seu autor, mostrou-se favorável ao princípio e expressamente declina tê-lo adotado. Entendeu que as partes têm autonomia para escolher a lei a que se subordinavam as obrigações, livremente contraídas, conquanto respeitados os seus naturais limites e na forma da lei.⁹ Continuava, esclarecendo que, como consequência do *dépeçage*, a vontade das partes quanto à lei aplicável somente podia ser exercida com relação à substância e aos efeitos do ato. Já com relação à capacidade e à execução, poderia haver a incidência de uma lei diferente daquela aplicável ao contrato internacional. Assim, para determinar qual a lei regente da capacidade de cada uma das partes, era preciso determinar seu estatuto pessoal, e, para a execução, a lei do lugar onde se efetuá-la.

Enunciou ainda a *lex contractus* como sendo a do local da celebração, salvo quando tivesse havido estipulação em contrário, ou ainda, quando ofensiva ao direito nacional dos contratantes ou à ordem pública¹⁰

Com a nova Lei de Introdução ao Código Civil, de 1942, continuou a discussão sobre a manutenção ou não do princípio, em face da supressão da expressão "*salvo estipulação em contrário*", que antes a permitia. Continuou a confusão, pois enquanto muitos acharam que isso significou a vontade do legislador em eliminá-la, outros entenderam que a simples inexistência dos termos anteriores não indicava, expressamente, sua proibição.

Oscar Tenório,¹¹ ao comentar o artigo 9º, entendeu que a exclusão da teoria da autonomia da vontade na lei que substituiu a introdução deveu-se às severas críticas,

⁸ Lei de Introdução ao Código Civil:

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

Parágrafo único: Mas sempre se regerão pela lei brasileira: I. Os contratos exequíveis no Brasil; II- As obrigações contraídas entre brasileiros em país estrangeiro; III - Os atos relativos a imóveis situados no Brasil; IV - Os atos relativos ao regime hipotecário brasileiro.

Lei de Introdução ao Código Civil:

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

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

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

⁹ BEVILÁQUA, *Princípios Elementares de Direito Internacional Privado*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1944, p. 358.

¹⁰ BEVILÁQUA, *op. cit.*, p. 359.

¹¹ TENÓRIO, Oscar, *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Borsari, 1955.

que aquela teoria havia recebido anteriormente. Entretanto, ao não estabelecer expressamente a teoria da autonomia da vontade, entende o autor que o artigo 9º não a proibiu, deixando sua permissão à lei do contrato, ou seja, de forma indireta.

Miguel Maria de Serpa Lopes¹² ressaltou que na introdução de 1917, embora permitida, a autonomia da vontade não podia ser exercida senão no terreno supletivo.¹³ Já com relação à Lei de Introdução de 1942, entendia que a omissão sobre a autonomia permitia-a apenas de forma indireta, ou seja, quando indicada pela lei do local da celebração, e ainda assim, apenas como relação à matéria supletiva. Pareceu-me posicionar-se contrariamente à autonomia, quando a lei aplicável fosse a lei brasileira, já que a mudança na redação dera-se em razão da forte pressão exercida pela corrente doutrinária contrária a essa faculdade.¹⁴

Serpa Lopes criticava, ainda, a posição de **Oscar Tenório**, pois sua formulação implicava, na verdade, em uma forma de reenvio, proibido pela lei. Opinião esta, compartilhada modernamente por **Franceschini**, que, em face da proibição expressa para a remissão entendeu que a autonomia da vontade ali não está contemplada.¹⁵

Modernamente, há poucos estudos sobre a LICC. Entre eles, o de **Maria Helena Diniz**,¹⁶ que ao tratar do artigo 9º, entende não ter o citado artigo contemplado a autonomia da vontade como elemento de conexão, pois trata-se de norma cogente e que não pode ser alterado pelas partes.

Assim, no que tange à prática diuturna, é preciso ser cauteloso, quando da redação de uma cláusula deste tipo em um contrato internacional, pois os tribunais brasileiros não enfrentaram a questão diretamente, nem parecem ter abraçado as teses pró-autonomia da doutrina mais recente. Somente com a modificação da LICC e adoção dos princípios consagrados na Convenção sobre o Direito Aplicável aos Contratos Internacionais, realizada pela CIDP V, México, 1994, poder-se-á modificar a situação atual e assim, haver segurança jurídica para as partes quando adotarem a autonomia da vontade em seus contratos.

No estágio atual da legislação brasileira, a escolha da lei aplicável a um contrato internacional, nos moldes reconhecidos atualmente na comunidade internacional, não encontra amparo seguro na legislação vigente, pois ali não estão expressamente contemplados.

¹² LOPES, Miguel Maria de Serpa, *Comentários Teórico e Prático da Lei de Introdução ao Código Civil*, vol. II, Rio de Janeiro, Livraria Jacinto Editora, 1944.

¹³ *Id.*, *ib.*, p. 315.

¹⁴ *Id.*, *ib.*, p. 317.

¹⁵ FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga, *A lei e o foro de eleição em tema de contratos internacionais*, in *Contratos Internacionais*, coord. João Grandino Rodas, São Paulo, RT, 1995, p. 103 e seguintes.

¹⁶ DINIZ, Maria Helena, *Lei de Introdução ao Código Civil Interpretada*, São Paulo, Ed. Saraiva, 1994, p. 246 e seguintes.

Terminando os comentários sobre a legislação brasileira, é preciso falar da situação do Mercosul, pois não há uma posição uniforme até o momento, adotada por todos os seus integrantes, no que diz respeito à determinação da lei aplicável aos contratos internacionais, em face das normas encontradas nos quatro países, que além de contrárias à autonomia, adotam o critério da lei do lugar da execução para estabelecer a lei vigente ao contrato.

Desta forma, os contratos internacionais firmados no âmbito do Mercosul poderão ser regidos por normas diversas, a partir das regras de conexão de cada um dos países membros. Por isso, quando da elaboração de um contrato internacional em um desses países, há que se ter em mente as conseqüências quanto à lei aplicável do local da celebração e do local da execução, já que as normas em vigor não permitem que as partes escolham livremente a lei aplicável.

A situação atual é insatisfatória e requer uma extensa modificação dessas normas, sendo a harmonização desses princípios uma prioridade para o bom funcionamento do Mercosul.

Nesse sentido, a adoção do princípio da autonomia da vontade é um imperativo, pois acabaria com as divergências existentes, e permitiria às partes optar pela lei que lhes fosse mais conveniente. Foram essas as idéias norteadoras da CIDIP V, que tiveram como resultado a aprovação da Convenção Interamericana sobre o Direito aplicável aos Contratos Internacionais, México, 1994, com intensa participação dos países membros do Mercosul. Aguarda-se agora sua entrada em vigor para que se concretize a uniformização do direito internacional privado obrigacional do Mercosul.

4 - Conclusão

Na Europa e nos demais países, como EUA, a autonomia da vontade esta expressamente consagrada na legislação.

O mais interessante é o fato de que essa incorporação do princípio da autonomia se deu, nos últimos tempos, de fora para dentro, ou seja, a partir da codificação internacional, o princípio entrou no ordenamento jurídico interno dos países, como no caso da Convenção de Roma e da Convenção de Viena.

Assim, não só a autonomia da vontade nos Contratos Internacionais é hoje uma regra universal, como o caminho para sua incorporação, de forma taxativa (pois antes era aceita através de construções doutrinárias e jurisprudenciais) foi a partir dos atos celebrados em foros internacionais.

No Brasil, a LICC, no seu artigo 9º nada fala, de modo expreso, sobre a autonomia. Apesar da posição favorável de muitos juristas, a leitura dos artigos da lei brasileira em muito difere dos artigos sobre o tema das convenções, como por exemplo na Convenção sobre lei aplicável aos contratos internacionais, México, 1994, que expressamente estabelece que o contrato rege-se pelo direito escolhido pelas partes.

A jurisprudência também 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.

A autonomia da vontade é hoje uma necessidade em face do aumento dos contratos internacionais decorrentes do incremento comercial motivados pelos processos de globalização e integração regional.

A lei brasileira não dá segurança aos operadores jurídicos de afirmarem que o princípio é aceito incondicionalmente pelos tribunais pátrios.

Por isso é preciso mudar a LICC. E a adoção, pelo Brasil, da Convenção do México resolveria essa problema. A Convenção, além de ser aprovada para reger as relações entre países contratantes, deveria ser objeto de outra lei, que substituisse o artigo 9º. por ela, modificando, assim, todo o DIPr brasileiro na parte obrigacional.

(*) Palestra proferida na UNICID, São Paulo, em 9 de outubro de 1997.

(**) **Nadia de Araujo** é Procuradora de Justiça no Estado do Rio de Janeiro; Doutora em Direito Internacional, Universidade de São Paulo, Mestre em Direito Comparado, George Washington University; Professora de Direito Internacional Privado e Direito do Comércio Internacional, PUC-Rio e Professora Visitante do Mestrado em Direito Internacional e Integração Econômica da UERJ.
