

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
O NOVO DIREITO INTERNACIONAL: DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO E
PRIVADO E DIREITO DA INTEGRAÇÃO

ANDREI FERREIRA DE ARAÚJO LIMA

**AUTONOMIA DA VONTADE E CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE LEI NOS CONTRATOS
INTERNACIONAIS – UM ESTUDO COM ÊNFASE NO DIREITO BRASILEIRO**

Porto Alegre
2014

ANDREI FERREIRA DE ARAÚJO LIMA

**AUTONOMIA DA VONTADE E CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE LEI NOS CONTRATOS
INTERNACIONAIS – UM ESTUDO COM ÊNFASE NO DIREITO BRASILEIRO**

**Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como
requisito parcial para a obtenção do grau de Especialista
em Direito Internacional Público e Privado pelo Programa
de Pós-Graduação de Direito da Universidade Federal do
Rio Grande do Sul.**

Orientador: Prof. Mestre Guilherme Perderneiras Jaeger

Porto Alegre

2014

RESUMO

O presente trabalho aborda um dos temas mais discutidos e controvertidos no âmbito do Direito Internacional Privado, qual seja, a autonomia das partes quanto à eleição de lei aplicável aos contratos internacionais. A doutrina, apesar de vasta, não apresenta um consenso, pois muitas são as opiniões divergentes e as teorias argumentativas na busca de uma solução. Há, em verdade, um consenso quanto à necessidade de se respeitar e promover a autonomia da vontade, por ser um dos princípios basilares dos contratos. Ao se tratar de autonomia da vontade no Direito Internacional Privado, automaticamente se estará falando da eleição de lei aplicável ao contrato e é exatamente neste interim, que a polêmica se estabelece. Inicialmente, buscar-se-á estabelecer um estudo interdisciplinar entre filosofia e direito, na tentativa de se instituir um conceito e os limites da autonomia da vontade, de modo a se construir alguns parâmetros de estudo. Sabe-se, como já referido, que a autonomia da vontade é uma das bases angulares do contrato. A ausência de autonomia gera a invalidade contratual. Porém, modernamente falando, já não se poderá considerá-la de forma irrestrita, ilimitada e plenamente capaz de criar obrigações e deveres entre as partes. O célebre princípio “*pacta sunt servanda*” já não é mais aceito como no momento de sua criação. Outros tantos princípios se acomodam juntamente com a autonomia dentro dos contratos, como a função social e a boa-fé. Em matéria de Direito Internacional Privado, ao se tratar dos limites da autonomia, não se fala exclusivamente desses princípios, mas sim na ordem pública e na soberania estatal. São estes dois institutos que promovem, atualmente, tratando-se de Brasil, as grandes discussões no que se refere à eleição de lei. A questão da violação da soberania estatal está relacionada com o regramento imposto pelo art. 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Segundo ela as partes não podem eleger o direito aplicável ao contrato. Percebe-se, a partir desses dois limites à autonomia, que há um choque entre o interesse privado das partes contratantes e o poder estatal de manter a ordem social e a soberania de suas leis. Assim, estabelecidos alguns parâmetros a partir de estudo doutrinário alienígena e nacional, e do estudo de convenções e tratados internacionais, se demonstrará como o tema vem sendo abordado em outras localidades e no Brasil, para, por fim, tratarmos de outro assunto, também, de altíssima relevância, qual seja, a *lex mercatoria*. A referida *lex* sempre foi alvo de inúmeros estudos doutrinários. Impossível tratar de DIPr e lei aplicável aos contratos sem, ao menos, mencionar a lei dos costumes do mercado. Juntamente com ela outros institutos e regulamentos irão figurar no presente trabalho, como CIDIPS, UNIDROIT, UNICITRAL, entre outros. Portanto, dentro deste choque entre interesses privados de um lado e interesse público do outro é que se pretende elucidar a temática e buscar uma solução para que as partes possam livremente eleger a lei que melhor lhes parecer para reger suas obrigações, sem ultrapassar, é claro, os limites estabelecidos pelos Estados onde as obrigações serão executadas.

Palavras-chave: AUTONOMIA DA VONTADE – ELEIÇÃO DE LEI – DIREITO APLICÁVEL – AUTONOMIA PRIVADA – TRATADOS INTERNACIONAIS – CONVENÇÕES INTERNACIONAIS – LEI DE INTRODUÇÃO – LEX MERCATORIA

ABSTRACT

This present work addresses one of the most discussed and controversial topics in terms of International Private Law, namely, the autonomy of the parties in the choice of the applicable law in international contracts. The doctrine, though wide, lacks a consensus, since there are many differing opinions and argumentative theories looking for a solution. There is, in fact, a consensus on the need of respect and promote the autonomy of the will, as one of the basic principles of contracts. What generates great controversy concerns to the scope and limits of this principle. When dealing with contractual autonomy in international private law, automatically one will be talking about the election of the applicable contract law and it is exactly at this point that the controversy settles. Initially, one will seek to establish an interdisciplinary study between philosophy and law, attempting to set up a concept and limits of freedom of choice, as well as to build some study parameters. It is known, as already mentioned, that the autonomy of the will is one of the foundation bases of the contract. The absence of contractual autonomy generates its invalidity. However, modernly speaking, it's not possible to considerer it as unrestricted, unlimited and fully capable of creating obligations and duties between the parties. The famous principle "pacta sunt servanda" is no longer accepted as it was in the moment of its creation. Many other principles settle with autonomy within the contracts, such as social function and good faith. In the field of international private law, when talking about the limits of autonomy, we are considering those not only principles, but also public order and state sovereignty. These two institutes are currently in Brazil the two ones that promote the major discussions concerning to the choice of law. The question related to the state sovereignty violation is based on what is imposed by art. 9 of the Standards of the Brazilian Law Introduction. It rules that the parties may not elect the contractual law. Because of those two limits to autonomy, there is a clash between the contracting parties private interests, and the state power to maintain social order and the sovereignty of its laws. So setting some parameters through the study of national and international doctrine, and the study of international conventions and treaties, it will be demonstrated how this subject has been addressed in elsewhere and in Brazil, to finally analyze another high relevance topic, namely the *lex mercatoria*. The *lex* has always been the target of numerous doctrinal studies. Impossible is to address the International Private Law and contracts applicable law without at least mentioning the customary trading law. Along with it, other regulation institutes will appear in this work, such as CIDIPs, UNIDROIT, UNICITRAL, among others. Therefore, within this clash between private interests on one side and the other public interest on the other side that it's intended to elucidate the topic and find a solution that would allow the parties to freely choose the law to govern their obligations. Without going over, of course, the limits established by the States where the duties are performed.

Keywords: FREEDOM OF CHOICE - ELECTION LAW - APPLICABLE LAW - PRIVATE AUTONOMY - INTERNATIONAL TREATIES - INTERNATIONAL AGREEMENTS - BRAZILIAN INTERNATIONAL LAW - LEX MERCATORIA

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1. DIREITO CONTEMPORÂNEO E AUTONOMIA DA VONTADE	10
1.1. Uma breve análise das dimensões filosóficas e jurídicas da Autonomia da Vontade	11
1.2. A evolução do conceito da Autonomia da Vontade no Direito Privado	16
1.3. Relativização da Autonomia da Vontade – Autonomia Privada	21
2. CONTRATOS INTERNACIONAIS E AUTONOMIA DA VONTADE	26
2.1. A tendência mundial de prevalência da autonomia da vontade nos contratos internacionais privados – tratados e convenções	28
2.2. A realidade da <i>práxis</i> brasileira e a Convenção Interamericana sobre Direito aplicável aos Contratos Internacionais	35
2.3. A <i>Lex Mercatoria</i> como lei aplicável aos contratos internacionais	45
CONSIDERAÇÕES FINAIS	59
REFERÊNCIAS	62

INTRODUÇÃO

Entrementes, a unidade entre o público e o privado, entre qualitativo e quantitativo, não caracteriza, como quis Hegel, tão só as relações quantitativas-qualitativas, mas todos os processos da natureza da sociedade e do pensamento, onde quer que haja interação de aspectos tidos como contrários que se condicionam, pois um ser é no outro, o reflexo de sua própria procura, em lugar de sua negação¹.

A frase inicial cabe, muito bem, ao que se pretende elucidar no presente trabalho. Tem-se que a eleição de lei nos contratos internacionais fere dispositivo de lei nacional, especificamente ao que está disposto no art. 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Muito se discute sobre o tema tanto em âmbito nacional, quanto internacional. A diferença resta na evolução do segundo, comparada com a estagnação do primeiro, não quanto ao estudo, mas sim quanto à aplicação do princípio da autonomia da vontade.

Em um conflito, no qual o direito positivo não confere autonomia às partes ao que se refere à eleição de lei aplicável, poder-se-ia dizer que há um conflito entre o público (lei e soberania estatal), e o privado (interesse das partes contratantes).

Nesse sentido, há em verdade uma condição imposta pela lei, que torna o contrário, logicamente, ilegal. O trecho supracitado, extraído da obra “As Grandes Linhas da Filosofia do Direito” do jurista e professor Juarez Freitas, pretende demonstrar que nem sempre há uma dicotomia entre o indivíduo (privado) e a sociedade (público).

No direito brasileiro, ao se tratar da aplicação das regras de direito internacional privado, a autonomia da vontade está condicionada ao art. 9º da LINDB, tornando tal princípio contratual praticamente inválido. Porém, tanto contemporaneamente, quanto classicamente falando, encontram-se diversos argumentos favoráveis ao apreço da tese relativa à eleição de lei.

O estudo do direito como uma ciência social, passível de mudanças e portanto sempre em busca de uma condição de real justiça para a sociedade como um todo, pode ser muito bem representada pelo dito do professor de Direito e de Filosofia Moral, Wibren Van der Burg:

¹ FREITAS, Juarez. **As Grandes Linhas da Filosofia do Direito**. 2ª edição. Caxias do Sul: EDUCS, 1986, p. 107.

O Direito, como um processo, é em inúmeros aspectos orientado e estruturado para o direito como um produto. Direito como um produto só faz sentido porque é constantemente interpretado, reconstruído, alterado e aplicado em inúmeros processos².

A evolução e a reinterpretação do Direito permitem a readequação de normas, de modo a se estabelecer padrões que sejam condizentes com a realidade contemporânea. Busca-se, com o presente trabalho elucidar quais padrões e readequações são essas que pairam sobre o contrato internacional privado, principalmente no que se refere à eleição de lei.

Na obra *Filosofia do Direito*, o professor da Faculdade de Chicago David Ingram, ao tratar do Estado Direito, afirma que,

Finnis e outros teóricos do direito natural também concordariam com Dicey e Hayek na ideia de que o Estado de direito é necessário para propiciar um sistema jurídico relativamente estável, no âmbito do qual qualquer pessoa racional pode livremente planejar sua vida³.

Levando-se em consideração o ideal de liberdade, é na autonomia que se encontra a figura jurídica do contrato. Este negócio jurídico é primordialmente o ato de livre vontade, entre duas partes, de estabelecer uma relação, cabendo a elas eleger o direito material que estará inserido no negócio.

Excluir a autonomia da vontade dos contratos, não faz qualquer sentido. De forma análoga ao que foi anteriormente dito, poder-se-ia argumentar que “um é ser no outro, o reflexo de sua própria procura”. O contrato é a autonomia da vontade das partes, não há contrato sem ela, querer negar um ao outro é cair em profunda contradição. Nesta mesma linha de pensamento, Gagliano e Pampola Filho asseveram que: “contrato sem vontade não é contrato”⁴.

Evidente que nos tempos modernos a autonomia da vontade vem sofrendo diversas restrições, principalmente quando relacionada a outros princípios contratuais, como, a função social e a boa-fé. Porém, a autonomia da vontade jamais poderá deixar de ser levada em consideração, pois como referido anteriormente ela compõe o início, o meio e o fim de um contrato.

² BURG, Wibren van der. *Law and Bioethics*. In: Singer, Peter; Helga, Kuhse (Orgs.). **A Companion to Bioethics**. Tradução Livre. Oxford: Blackwell Publishers Ltd. 1988, p. 51.

³ INGRAM, David. **Filosofia do Direito**. 1ª edição. São Paulo: Artmed, 2010, p. 47.

⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil – Vol. IV**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 35.

Ao contrastar a autonomia da vontade com os ideais de liberdade, Strenger leciona que,

a autonomia da vontade como princípio deve ser sustentada não só como um elemento da liberdade em geral, mas como suporte também da liberdade jurídica, que é esse o poder insuprimível no homem de criar por um ato de vontade uma situação jurídica, desde que esse ato tenha objeto lícito⁵.

O mesmo autor, em uma linha de raciocínio muito próxima ao que foi proposto logo no início da presente introdução, cita que: “O Estado não se organiza nem existe exclusivamente para si mesmo, mas, também, para os indivíduos que vivem em sua esfera de ação”. E finaliza afirmando que “as leis dos Estados devem servir de garantia, de tutela e de complemento à liberdade das pessoas”⁶.

Tem-se assim, também, que a autonomia da vontade é parte integrante não somente dos negócios jurídicos conhecidos como contratos, mas também de toda a estrutura de um Estado considerado como democrático de direito.

O presente trabalho irá abordar inicialmente questões relativas às dimensões filosóficas que o termo autonomia da vontade encerra. Não há melhor maneira de se tratar a temática, senão a partir de um enfoque multidisciplinar, iniciando-se pela filosofia e se encerrando na seara jurídica.

Feita a abordagem filosófica e jurídica, se examinará com maior profundidade aplicação da autonomia da vontade nos contratos internacionais, tanto em âmbito internacional, quanto nacional, dando maior ênfase ao segundo. Pretende-se demonstrar de que forma o assunto tem sido doutrinariamente abordado, bem como quais tratados e convenções apresentam uma possível solução ao conflito.

Demonstrar-se-á que há uma tendência internacional, principalmente a partir de tratados e convenções, em se aceitar a autonomia da vontade na eleição do direito aplicável. No caso nacional irá se tratar especificamente da Convenção Latino Americana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais (Convenção do México). Apesar do Brasil não ter ratificado a citada convenção, ela ainda é o que se apresenta como mais moderno, no território latino-americano, e de acordo com as tendências mundiais sobre o tema.

Tendo em vista que não há, hoje, uma aplicação válida da Convenção, irá se tratar por fim, da *lex mercatoria*, instituto de altíssima relevância e que poderá apresentar algumas soluções em casos de conflitos entre interesses particulares e estatais. Por muitos anos, teóricos, acadêmicos, juristas, Estados através de Convenções, e Institutos de Comércio Internacional buscam uma harmonização do Direito Internacional

⁵ STRENGER, Irineu; **Da Autonomia da Vontade**. 2ª Ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 66.

⁶ STRENGER, Irineu; **Da Autonomia da Vontade**. 2ª Ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 82.

Privado e nestes casos a *lex mercatoria* sempre surge como uma possível solução. Inclusive, em casos de arbitragem, ela já é considerada como um direito aplicável a um conflito transnacional.

Por fim, cabe salientar que o presente trabalho não tem qualquer intenção em deflagrar uma disputa entre o público e o privado. Buscar-se-á a partir de doutrina nacional e internacional, demonstrar os benefícios em se aplicar a autonomia da vontade na eleição de lei, sem é claro desprezar os limites estatais como a ordem pública ou leis imperativas.

Entende-se que um é ser no outro, o reflexo de sua própria procura, e podem, com certeza, viver conjuntamente em estado de plena harmonia.

1. DIREITO CONTEMPORÂNEO E AUTONOMIA DA VONTADE

A vontade como problema envolve ampla esfera da cultura. A investigação científica em todos os seus matizes coloca a questão como uma de suas fundamentais preocupações, talvez porque entre a vontade e o homem existe uma relação inseparável⁷.

Entende-se, assim como Strenger, que entre a vontade e o homem existe uma relação inseparável. Não por menos, a partir do presente capítulo, se argumentará em prol da autonomia das partes contraentes em relação à eleição de lei.

O que torna o presente estudo ainda mais interessante são as diferentes interpretações dadas ao princípio da autonomia ao longo do tempo. É enganoso entender que, ainda hoje, a autonomia resta amplamente assegurada e que os participantes de um contrato podem utilizá-la de maneira irrestrita.

Sem dúvida é uma temática em constante reinterpretação, de acordo com o momento histórico e a área de incidência. De forma a demonstrar as diferentes interpretações acerca de um mesmo princípio, porém em diferentes áreas, tem-se que hoje a autonomia da vontade é um tema cada vez mais abordado na bioética, no sentido de permitir aos pacientes documentos como “disposições de última vontade”, quando poderá o paciente solicitar, inclusive o desligamento de um aparelho⁸.

Por outro lado, a autonomia da vontade tem perdido cada vez mais sua eficácia nos contratos conhecidos como de adesão. Em tal modalidade há um regramento estatal, do qual as partes não podem abrir mão. Há, em verdade, todo um cuidado em manter um estado de igualdade entre os contratantes. Temos aí, princípios como da boa-fé e da função social estabelecendo alguns limites.

Já, ao se tratar de questões relacionadas ao Direito Internacional Privado, tem-se que a autonomia da vontade se vincula a uma regra específica, qual seja, a eleição de lei. Não se fala, ao menos diretamente, em matéria de DIPr sobre hipossuficiência ou hipersuficiência das partes, função social e boa-fé entre os contratantes. Claro que tais princípios são levados em consideração, mas o estudo aqui se relaciona primordialmente com a eleição de lei, e seus limites estabelecidos pelas leis imperativas estatais e a ordem pública.

⁷ STRENGER, Irineu; **Da Autonomia da Vontade**. 2ª Ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 23

⁸ DWORKING, Ronald; **Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

Desta forma, resta claro que o reconhecido princípio contratual “*pacta sunt servanda*” não é regra a ser levada em consideração sob qualquer pretexto ou hipótese.

Modernamente, há um dirigismo estatal muito maior nas questões contratuais. Há uma grande preocupação com as questões sociais e principalmente em se manter um nível igualitário entre as partes contratantes.

Frente a esta realidade, inicia-se o presente capítulo, que após uma análise filosófica da expressão “autonomia da vontade”, buscará demonstrar a sua relevância e ao mesmo tempo a sua flexibilização nos últimos anos.

1.1. Uma breve análise das dimensões filosóficas e jurídicas da Autonomia da Vontade

Muito frequentes têm sido as discussões filosóficas em torno do tema da autonomia. Percebe-se uma evolução significativa desse, tendo em vista, principalmente, a sua caracterização nas mais diversas áreas do Direito. A autonomia é parte integrante de inúmeras figuras jurídicas e.g: contratos, dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e sociais, etc...

Segundo Irineu Strenger,

No domínio da filosofia, particularmente, a vontade constitui verdadeiro centro da vida, por um processo de correlação dialética, ao qual se é levado pela incessante atividade do homem, que sempre propicia a revelação de um mundo novo que acaba sendo a sua própria realidade subjetiva-objetiva⁹.

De modo a estabelecer uma breve conexão entre postulados filosóficos e ciência jurídica, analisar-se-á dois autores, Immanuel Kant e Jürgen Habermas, que, como se demonstrará adiante, foram, não somente extremamente relevantes para a evolução do conceito de autonomia, como apresentaram, ideias compatíveis porém variadas.

Não raras são as relações estabelecidas na doutrina kantiana sobre o tema autonomia. O filósofo alemão abordou a temática de maneira singular. Como muito bem salientado por Paulo Lôbo:

considere-se o mais brilhante dos pensadores da época, Kant, em sua distinção entre autonomia e heteronomia. A autonomia é o campo da liberdade, porque os seres humanos

⁹ STRENGER, Irineu; **Da Autonomia da Vontade**. 2ª Ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 23.

podem exercer suas escolhas e estabelecer regras para si mesmos, coletivamente ou interindividualmente¹⁰.

Há uma evidente associação com a autonomia nas máximas kantianas que compõem o assim denominado, Imperativo Categórico, quais sejam:

- 1) **Lei Universal:** "Age como se a máxima de tua ação devesse tornar-se, através da tua vontade, uma lei universal".
- 2) **Fim em si mesmo:** "Age de tal forma que uses a humanidade, tanto na tua pessoa, como na pessoa de qualquer outro, sempre e ao mesmo tempo como fim e nunca simplesmente como meio".
- 3) **Legislador Universal (ou da Autonomia):** "Age de tal maneira que tua vontade possa encarar a si mesma, ao mesmo tempo, como um legislador universal através de suas máximas".

Notadamente o terceiro enunciado é aquele que verdadeiramente trata sobre o tema em análise. Temos que a liberdade de escolha, ou livre arbítrio, devem ser encarados de modo que satisfaçam uma universalidade e não apenas vontades subjetivas.

Temos, sobretudo, que a autonomia é parte integrante e fundamental do ideal de lei universal kantiana, tanto que, o filósofo considera “a autonomia da vontade como princípio supremo da moralidade”¹¹.

Kant posiciona o homem no topo mais elevado da natureza, acima de todos outros seres.¹² Segundo o filósofo, o ser humano é o único animal dotado de razão. A partir da racionalização chega-se à autodeterminação, ou seja, o ser humano é capaz de racionalmente se autodeterminar no universo e se estabelecer com pessoa dotada de moral e ética. Seguindo essa mesma linha de raciocínio, chega-se ao ponto central de sua teoria, a autonomia.

Eis a visão de John Rawls, que corrobora a análise supracitada:

¹⁰ LÔBO, Paulo. **Direito Civil – Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 58.

¹¹ KANT, Immanuel. **Fundamentos da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, 2009, p. 85.

¹² HÖFFE, Otfried Et al. **Gentechnik und Menschenwürde**. Tradução Livre. Köln: Dumont, 2002, p. 127.

(...) ele (Kant) supõe que aqui que denomina “razão humana comum” (*gemein Menschvernunft*), que todos compartilhamos, julga mais ou menos da mesma maneira; nem mesmo o filósofo pode ter princípios (morais) diferentes daqueles próprios à razão humana ordinária¹³.

Portanto, segundo o filósofo de Königsberg, nós somos seres racionais, com aptidão para nos autodeterminarmos e, conseqüentemente, autônomos. Ainda, ele acredita que a plena consciência da pureza da lei moral e sua origem em nossa pessoa, enquanto livre e autônoma, é a mais segura proteção contra as transgressões da mesma lei moral¹⁴.

Para Strenger, Kant “procura indicar a autonomia da vontade como uma propriedade mediante a qual a vontade constitui uma lei por si mesma, independente de qualquer propriedade dos objetos do querer”¹⁵.

Ao tratar da temática ora analisada o professor de filosofia Thadeu Weber conclui, de maneira muito similar a Strenger, que “a essência do princípio da autonomia é a sua função autolegisladora. Cumprir a lei da qual se é autor é o núcleo chave da concepção de liberdade como autonomia”¹⁶. E encerra com os seguintes dizeres: “somente uma vontade autônoma pode ser considerada como livre, racional e igual a ser responsabilizada por seus atos e escolhas”¹⁷.

Feita esta breve análise kantiana, cabem, agora, breves anotações da teoria Habermas, que de forma brilhante debate alguns pontos sobre a questão da autonomia em Kant.

Segundo o também filósofo alemão, Jürgen Habermas, há uma diferença entre Autonomia (Willkür) e Liberdade subjetiva (Freie Wille)¹⁸. Sobre Habermas escreveu o filósofo francês Alain Renault:

Segundo ele, o ideal de emancipação característico do projeto da modernidade e do Iluminismo ainda não se realizou; as promessas de liberdade e igualdade feitas desde então ainda não se cumpriram. Para que possam cumprir-se, o filósofo e sociólogo alemão propõe que comecemos por lançar sobre novos fundamentos toda a nossa compreensão da razão, do ser humano e da sociedade; pede, antes de mais nada, que deixemos de lado o

¹³ RAWLS, John. **História da Filosofia Moral**. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 19.

¹⁴ RAWLS, John. **História da Filosofia Moral**. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 170.

¹⁵ STRENGER, Irineu; **Da Autonomia da Vontade**. 2ª Ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 50.

¹⁶ WEBER, Thadeu. Autonomia e Dignidade da Pessoa Humana em Kant. **Revista de Direitos Fundamentais & Justiça**, Porto Alegre, n. 9, p. 232-259, out/dez. 2009.

¹⁷ WEBER, Thadeu. Autonomia e Dignidade da Pessoa Humana em Kant. **Revista de Direitos Fundamentais & Justiça**, Porto Alegre, n. 9, p. 232-259, out/dez. 2009.

¹⁸ HABERMAS, Jürgen. **A Ética da Discussão e a Questão da Verdade**. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 12.

paradigma da consciência e entendamos que a racionalidade não depende diretamente do sujeito, mas da intersubjetividade¹⁹.

A partir de sua teoria: “o agir comunicativo”, Habermas expõe dois paradigmas: primeiro o paradigma da subjetividade; segundo o paradigma da discussão. Conforme conceitua, existem duas formas de vontade, e é precisamente essa diferença entre elas que irá determinar a distinção entre liberdade subjetiva e autonomia.

A primeira forma, segundo o filósofo, diz respeito a uma vontade determinada por máximas de prudências, pelas preferências ou motivos racionais.²⁰ Portanto, dependendo do juízo de valores morais de uma determinada pessoa, ela poderá ser mais livre do que as outras.²¹

Já a autonomia, por seu turno, pressupõe uma comunidade moral, ou seja, pressupõe um diálogo entre os membros de um determinado universo. Segundo ele, “a vontade se deixa determinar por máximas aprovadas pelo teste da universalização”.²²

Rapidamente, percebe-se uma semelhança com os enunciados do Imperativo Categórico Kantiano, porém a diferença encontra-se na questão da subjetividade. Para Habermas, a subjetividade encontra-se apenas na Liberdade de Escolha, na qual, eu, a partir de minhas preferências e a partir de um juízo de prudência, irei determinar quais ações tomar, e até mesmo, quais não tomar. Por isso a afirmação de certos indivíduos serem mais livres do que os demais.

Já a autonomia não pressupõe uma subjetividade. Afirmo Habermas, que “uma pessoa só pode ser livre se todas as demais o forem igualmente”.²³ O filósofo esclarece que “a interpretação intersubjetiva do Imperativo Categórico não tem a intenção de ser outra coisa, senão uma

¹⁹ HABERMAS, Jürgen. **A Ética da Discussão e a Questão da Verdade**. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, prefácio. Pág. VII.

²⁰ HABERMAS, Jürgen. **A Ética da Discussão e a Questão da Verdade**. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 12.

²¹ HABERMAS, Jürgen. **A Ética da Discussão e a Questão da Verdade**. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 13.

²² HABERMAS, Jürgen. **A Ética da Discussão e a Questão da Verdade**. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 13.

²³ HABERMAS, Jürgen. **A Ética da Discussão e a Questão da Verdade**. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 13.

explicação do seu significado fundamental, e não uma interpretação que dá a esse significado uma nova direção”.²⁴

Para que tal máxima seja alcançada, necessário se faz um diálogo na comunidade moral²⁵. Por mais que haja uma grande semelhança com a teoria kantiana, no que se refere ao teste da universalização, Habermas esclarece que:

com sua noção de autonomia, o próprio Kant já introduz um conceito que só pode explicitar-se plenamente dentro de uma estrutura intersubjetiva (...) parece-me que só podemos preservar a substância mesma da filosofia de Kant dentro de uma estrutura que nos impeça de desenvolver a concepção de subjetividade independentemente de quaisquer relações internas desta com a intersubjetividade²⁶.

O que se quer demonstrar, com esta concisa consideração filosófica sobre a temática em questão, é o amparo, não só jurídico, mas também epistemológico, quanto ao respeito e validade da autonomia da vontade em um Estado dito Democrático de Direito. A liberdade, como autonomia, se constitui no primeiro princípio do republicanismo. O propósito do esclarecimento é romper com as múltiplas formas de restrição à liberdade e apostar definitivamente no “uso da razão pública”.²⁷

Habermas atribui grande importância à autonomia quanto à configuração da responsabilidade pessoal, “a importância da subjetividade, ou seja, da relação epistêmica e prática do sujeito consigo mesmo, enquanto condição necessária para a responsabilidade pessoal”.²⁸ Como seres autônomos e inseridos em um Estado Democrático de Direito, seria razoável que fosse permitido às partes a eleição de lei a ser aplicada em um contrato internacional privado.

Independentemente de qual das teorias levarmos em consideração, ambas corroboram o entendimento do presente trabalho, no sentido de admitir e respeitar a autonomia da vontade, seja

²⁴ HABERMAS, Jürgen. **A Ética da Discussão e a Questão da Verdade**. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 8.

²⁵ HABERMAS, Jürgen. **A Ética da Discussão e a Questão da Verdade**. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 12.

²⁶ HABERMAS, Jürgen. **A Ética da Discussão e a Questão da Verdade**. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 13 e 14.

²⁷ WEBER, Thadeu. Autonomia e Dignidade da Pessoa Humana em Kant. **Revista de Direitos Fundamentais & Justiça**, Porto Alegre, n. 9, p. 232-259, out/dez. 2009.

²⁸ HABERMAS, Jürgen. **A Ética da Discussão e a Questão da Verdade**. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 8.

ela manifestada de maneira universal (objetiva), ou, de maneira subjetiva, a partir da liberdade de escolha.

1.2. A evolução do conceito da Autonomia da Vontade no Direito Privado

Como demonstrado anteriormente, o conceito de autonomia da vontade não atinge a completude de seu estudo, se examinado exclusivamente sob a ótica do Direito. Os postulados filosóficos exerceram e ainda exercem grande influência sobre a correta conceituação e adequada aplicação da autonomia da vontade no campo do Direito. Sendo assim, agora, o estudo prossegue sob o aspecto jurídico, estabelecendo-se, quando possível, uma ponte com os paradigmas filosóficos.

A preponderância da autonomia da vontade no direito obrigacional, e como pedra angular do negócio jurídico, aparece principalmente quando da redação e dos conceitos traçados para o contrato no código francês²⁹.

Segundo o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves, o princípio “teve seu apogeu após a Revolução Francesa, com a predominância do individualismo e a pregação de liberdade em todos os campos, inclusive no contratual”.³⁰ Ainda, o mesmo autor afirma que “como a vontade manifestada deve ser respeitada, a avença faz lei entre as partes, assegurando a qualquer delas o direito de exigir o seu cumprimento³¹”.

O Código napoleônico foi a primeira grande codificação moderna. Como repulsa aos privilégios da antiga classe dominante, esse código eleva a aquisição da propriedade privada ao ponto culminante do direito da pessoa. O contrato é colocado como um meio de circulação de riquezas, antes, à mão, apenas, de uma classe privilegiada.

²⁹VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil – Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 351.

³⁰GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro - Contratos e Atos Unilaterais. Vol. 3**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 41.

³¹GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro - Contratos e Atos Unilaterais. Vol. 3**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 41.

Como muito bem assevera Bruno Miragem, “este estado de *laissez-faire*, influenciado pelo liberalismo econômico, rejeita a possibilidade de intervenção de terceiros (...)”.³²

Nesta mesma linha de raciocínio Gagliano elucida que, “a elevação da autonomia privada à categoria de dogma, calcada na mencionada visão antropocentrista e patrimonialista, refletiu-se amplamente em toda a concepção dos contratos até o final do século XIX e início do seguinte”.³³

Todas as codificações que se seguiram no século XIX navegaram em águas do modelo francês, estando nessa situação o revogado Código italiano e a grande maioria dos Códigos latino-americanos. Diz o art. 1.134 do Código francês: “As convenções feitas nos contratos formam para as partes uma regra à qual devem se submeter como à própria lei”.³⁴

No código alemão, elaborado um século após o código francês, o contrato passa a pertencer a uma categoria mais geral, é uma subespécie de negócio jurídico. Esse sistema, embora não sem nuances próprias, é adotado em nossa lei de 1916 e mantido no atual estatuto.

Importante ressalva é feita por Sílvio de Salvo Venosa, ao comentar a evolução do instituto, ao dizer que, apesar da autonomia apresentar em outras épocas uma maior predominância, “a liberdade de contratar nunca foi ilimitada, pois sempre esbarrou nos princípios da ordem pública”³⁵.

Nesse mesmo sentido, o jurista Clóvis Bevilacqua assevera que,

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 da lei, da qual tira toda 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 (...)³⁶.

³²MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Claudia Lima (Coord.); **A Nova Crise do Contrato – Estudos sobre a Nova Teoria Contratual**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 177.

³³GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil – Vol. IV**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 4.

³⁴VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil – Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 348.

³⁵VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil – Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 359.

³⁶ARAÚJO, Nádia de. **Contratos Internacionais – Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais**. 4ª Ed. São Paulo: Renovar, 2009, p. 100.

Segundo Nádía de Araujo, “o conceito de poder da vontade foi elaborado a partir da noção de livre-arbítrio, pois este representa a vontade exercida pelo homem sozinho”.³⁷ Segundo a autora, “na concepção utilizada pela teoria dos direitos subjetivos dos pandectistas, especialmente Savigny e Windscheid, o direito subjetivo seria um poder da vontade”³⁸. Vejamos a definição de Savigny:

O Direito subjetivo é um poder da vontade. Nos limites desse poder, a vontade do indivíduo reina, e reina do consentimento de todos. (...) Cada relação jurídica nos aparece como uma relação de pessoa a pessoa, determinada por uma regra de direito, e esta regra determinantes dá a cada indivíduo um campo no qual sua vontade reina independente de qualquer outra vontade estranha³⁹.

No mesmo sentido de Savigny e discorrendo sobre a teoria da vontade de Windscheid, Tércio Sampaio Ferraz define o direito subjetivo como sendo o poder ou domínio da vontade livre do homem, que o ordenamento jurídico confere e protege⁴⁰.

As críticas, desde então (Séc. XIX), à primazia da autonomia da vontade, relacionavam-se com questões, coincidentemente ou não, muito parecidas com as críticas contemporâneas. Segundo Nádía de Araújo, o jurista francês Henri Batiffol, crítico da liberdade contratual e da autonomia da vontade, relaciona alguns dados importante ao explicar que o desenvolvimento da grande indústria fez com que se tivesse uma percepção mais clara das desigualdades entre as partes contratantes⁴¹. Surgem, então, as concepções objetivistas, que defendem a primazia da lei, cabendo-lhe delimitar o império da vontade, ao estabelecer os seus limites⁴².

De modo a demonstrar que, hodiernamente, a crítica à autonomia da vontade não difere daquela exposta no início do século XX pelo jurista francês Henri Batiffol, eis o ensinamento do jurista contemporâneo Paulo Lôbo:

A limitação jurídica do espaço da autonomia privada, para evitar que seja explorada pelo poder negocial dominante em seu exclusivo interesse, representa um profundo abalo ao

³⁷ ARAÚJO, Nádía de. **Contratos Internacionais – Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais**. 4ª Ed. São Paulo: Renovar, 2009, p. 44.

³⁸ ARAÚJO, Nádía de. **Contratos Internacionais – Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais**. 4ª Ed. São Paulo: Renovar, 2009, p. 44.

³⁹ ARAÚJO, Nádía de. **Contratos Internacionais – Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais**. 4ª Ed. São Paulo: Renovar, 2009, p. 46.

⁴⁰ ARAÚJO, Nádía de. **Contratos Internacionais – Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais**. 4ª Ed. São Paulo: Renovar, 2009, p. 48.

⁴¹ ARAÚJO, Nádía de. **Contratos Internacionais – Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais**. 4ª Ed. São Paulo: Renovar, 2009, p. 61.

⁴² ARAÚJO, Nádía de. **Contratos Internacionais – Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais**. 4ª Ed. São Paulo: Renovar, 2009, p. 61.

próprio princípio, enquanto deixa de ser explicado pelo poder de autonomia, de acordo com sua fundamentação política, para sê-lo por seu contrário (o limite, a restrição). À medida que crescem o controle e a limitação estatais e sociais, reduz-se o espaço de autonomia⁴³.

Há de se esclarecer desde já que não há, de maneira alguma, uma subtração da autonomia, mas sim uma adequação, uma espécie de freio a uma utilização indiscriminada. Há na concepção objetivista uma inclinação à aceitação do dirigismo estatal e da prevalência da lei.

Sendo assim, duas seriam as interpretações, no tocante à autonomia da vontade, a serem estudadas, quais sejam: a tese subjetivista e a tese objetivista da autonomia⁴⁴. Ambas as teses, logicamente, percebem na autonomia da vontade altíssima relevância na esfera contratual. Diferem, em verdade, no âmbito e alcance da autonomia. Nas palavras da doutrinadora Nádia de Araújo, esta seria a diferença:

A primeira chamada de *concepção subjetivista* do conceito, significa que a designação do direito aplicável depende exclusivamente da vontade dos contratantes. Na ausência da escolha da lei pelas partes, procurar-se-á sua vontade hipotética. Indo ainda mais longe, há os que entendem que o contrato, por representar um produto natural da vontade das partes, não estaria submisso a nenhum ordenamento jurídico, pois escaparia à rede de relações sociais controladas pelo ordenamento estatal. Para os adeptos dessa tese, o contrato não se submeteria a uma lei, mas sim promoveria, através de sua escolha, a sua incorporação ao contrato. É a vontade das partes que confere força obrigatória às disposições legislativas. A segunda corrente, chamada *concepção objetivista*, afirma não poder a lei ser objeto das estipulações dos contratantes. A prerrogativa das partes não é a de adotar uma lei, mas a de submeter-se a ela. Sua ideia é de que a lei aplicável ao contrato é determinada pelo juiz, mas em razão da vontade das partes quanto à localização do contrato. Assim, não podem as partes descartar determinadas norma aplicáveis aos contratos, tampouco elaborar um contrato que escape ao domínio da lei⁴⁵.

Sobre este mesmo tema, o doutrinador Paulo Lôbo assevera que,

⁴³ LÔBO, Paulo. **Direito Civil – Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 44.

⁴⁴ Modernamente, Pommier declara haver duas posições com relação à questão sobre o lugar reservado à vontade das partes na escolha da lei aplicável: para os partidários da tese subjetivista, a vontade tem por finalidade descartar certas disposições imperativas da lei normalmente aplicável; enquanto para os objetivistas, a vontade teria uma função de conexão, constituindo, na verdade, um indício da localização da lei eleita pelas partes para reger o contrato. ARAÚJO, Nádia de. **Contratos Internacionais – Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais**. 4ª Ed. São Paulo: Renovar, 2009, p. 51.

⁴⁵ ARAÚJO, Nádia de. **Contratos Internacionais – Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais**. 4ª Ed. São Paulo: Renovar, 2009, p. 63.

com relação às duas denominações mais difundidas, a autonomia da vontade exprime o predomínio do individualismo e da soberania da vontade individual, principalmente no século XIX e início do século XX (teoria da vontade, ou subjetivista), enquanto a autonomia privada distancia-se da vontade interior e atribui primazia à sua exteriorização e à limitação posta pelo ordenamento jurídico (teoria da declaração, ou objetivista), por exigências de justiça social. São momentos datados: o ambiente da primeira é o Estado liberal; o da segunda, o Estado social⁴⁶.

De acordo com Strenger “a vitória do voluntarismo é fenômeno relativamente moderno, porquanto suas principais fontes doutrinárias não precedem, em seus contornos científicos mais precisos, ao século XVI”⁴⁷.

Ao que pese a teoria da autonomia da vontade, como demonstrado, já estar presente nos contratos do direito romano e ser alvo de inúmeros estudos de teóricos e filósofos, na prática forense do DIPr a temática veio a ser analisada de forma coerente somente no decorrer dos séculos XIX e XX. São do início do século XX os primeiros acórdãos franceses que tratam da questão, culminando com o acórdão marco *American Trading Co.* em 1910⁴⁸

Segundo Nadia de Araujo, “no acórdão marco *American Trading Co.* ao estabelecer ser a lei aplicável ao contrato aquela escolhida pelas partes, a Corte de Cassação expressa, pela primeira vez, de forma clara, o princípio da autonomia da vontade, ainda que não mencione a teoria”⁴⁹.

Enquanto alguns estudiosos do direito defendiam a autonomia da vontade, outros, discordavam, como por exemplo o jurista francês Mailher de Chassat, que já em 1841, criticava a teoria por entender que retirava da lei uma de suas características essenciais: a de governar todos os interesses para o benefício comum, acima dos desejos de todos os indivíduos⁵⁰.

⁴⁶ LÔBO, Paulo. **Direito Civil – Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 59.

⁴⁷ STRENGER, Irineu; **Da Autonomia da Vontade**. 2ª Ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 58.

⁴⁸ ARAÚJO, Nádía de. **Contratos Internacionais – Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais**. 4ª Ed. São Paulo: Renovar, 2009, p. 60.

⁴⁹ ARAÚJO, Nádía de. **Contratos Internacionais – Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais**. 4ª Ed. São Paulo: Renovar, 2009, p. 61 e 62.

⁵⁰ ARAÚJO, Nádía de. **Contratos Internacionais – Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais**. 4ª Ed. São Paulo: Renovar, 2009, p. 60.

Niboyet, a partir de uma visão mais extremista, discordava veementemente, pois acreditava que não havia teoria da autonomia da vontade, mas simplesmente liberdade das partes na estipulação de suas convenções⁵¹.

No Direito anglo saxão, ou Common Law, a vontade das partes nas questões relativas aos contratos foi introduzida por um dictum de Lord Mainsfield, no qual se discutia a aplicação da lei inglesa ou da lei francesa. Lord Mainsfield justificou sua escolha da lei inglesa, por ser aquela desejada pelas partes⁵².

Sobre a Proper Law, que é o nome dado ao método utilizado pelas cortes americanas nos casos de conflitos de leis, eis excerto retirado da obra “Contratos Internacionais” de Nádía de Araújo que expõe de maneira claríssima a temática:

Os princípios legais que devem guiar uma Corte Inglesa na questão da Proper Law já se encontram bem estabelecidas. É a lei que as partes pretendiam aplicar. Sua intenção deverá ser reconhecida pela intenção expressa no contrato se existente, que deve ser conclusiva. Se nenhuma intenção foi expressa, esta será presumida pela Corte através dos termos do contrato e suas circunstâncias relevantes⁵³.

No Brasil, ao se tratar de DIPr, há uma barreira legislativa praticamente intransponível, no que se refere à livre eleição da lei aplicável. A autonomia da vontade nos contratos internacionais, encontra-se regrada no art. 9º da LINDB, que não permite às partes elegerem a lei aplicável, como será devidamente estudado e analisado nos capítulos que seguem.

1.3. Relativização da Autonomia da Vontade – Autonomia Privada

A relativização da autonomia da vontade nos contratos internacionais privados, como já mencionado nos tópicos anteriores, não é tema exclusivamente contemporâneo. Nos EUA, em 1910 há um conflito entre juristas relativo à autonomia das partes na escolha das leis. Joseph Bale, autor da obra Restatement First julgava que “deixar às partes a escolha da lei aplicável significaria,

⁵¹ ARAÚJO, Nádía de. **Contratos Internacionais – Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais**. 4ª Ed. São Paulo: Renovar, 2009, p. 60.

⁵² ARAÚJO, Nádía de. **Contratos Internacionais – Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais**. 4ª Ed. São Paulo: Renovar, 2009, p. 67.

⁵³ ARAÚJO, Nádía de. **Contratos Internacionais – Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais**. 4ª Ed. São Paulo: Renovar, 2009, p. 67.

a seu ver, uma permissão para estas estabelecerem atos legislativos”⁵⁴. Do ponto de vista do autor, esta era uma permissão absurda. O mesmo defendia a *Lex loci celebrationis* como melhor alternativa.

Naquele mesmo país, antes mesmo do debate dos juristas supracitados, em 1834, surge a obra de Joseph Story, sob o título *Commentaries on the Conflict of Laws*. Segundo o professor alemão Dr. Jürgen Samtleben, “Story postula o império da *lex loci contractus* sobre os contratos, cuja validade, interpretação e resolução se regem pela lei do lugar de sua celebração (...) Todavia, se o contrato se fez para ser executado num outro país, aplicam-se as leis desse lugar”⁵⁵, e finaliza que Story “deixa bem claro que não se trata de uma verdadeira submissão a essa lei, mas antes de um efeito de soberania territorial que se impõe ao contrato, independentemente de toda vontade das partes. (...) Assim fica excluída por completo a noção da autonomia da eleição da lei aplicável”⁵⁶.

Há, em verdade, uma certa dificuldade nos tempos atuais em se delimitar a autonomia da vontade. Alguns autores, inclusive, preferem utilizar o termo autonomia privada, de modo a desmistificar o entendimento de que as partes são absolutamente livres para clausularem o que lhes bem convier. Segundo Strenger,

o pluralismo contemporâneo concebe direito relativos e objetivos, que permitem adiantar uma distinção entre direitos individuais e sociais (...) E o aspecto mais característico de oposição entre o direito social e o individual é que este último se apoia sobretudo no contrato, ao passo que o direito social coloca em primeiro plano a instituição⁵⁷.

Certamente, a ampla gama de diferentes formas contratuais, perpassando, inclusive, aqueles celebrados via online, torna cada vez mais complexo o estudo da autonomia da vontade e o papel regulador do Estado nesses negócios jurídicos. Como muito bem certificado pela doutrinadora Claudia Lima Marques:

estes tempos pós-modernos são um verdadeiro desafio para o direito civil, pois são tempos de ceticismo quanto à capacidade da ciência do direito de dar respostas adequadas e gerais

⁵⁴ ARAÚJO, Nádia de. **Contratos Internacionais – Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais**. 4ª Ed. São Paulo: Renovar, 2009, p. 70.

⁵⁵ SAMTLEBEN, Jürgen. **Teixeira de Freitas e a Autonomia das Partes no Direito Internacional Privado Latino-Americano**. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67015/69625>. Acessado em 10.05.2014.

⁵⁶ SAMTLEBEN, Jürgen. **Teixeira de Freitas e a Autonomia das Partes no Direito Internacional Privado Latino-Americano**. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67015/69625>. Acessado em 10.05.2014.

⁵⁷ STRENGER, Irineu; **Da Autonomia da Vontade**. 2ª Ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 66.

aos problemas que perturbam a sociedade atual e modificam-se com uma velocidade assustadora⁵⁸.

A partir de uma abordagem histórica, temos que o contrato, desde a sua constituição como instrumento jurídico, o que nos remete ao longínquo tempo da Grécia antiga, passando pelo Jurisconsulto romano Gaio e posteriormente às Institutas de Justiniano⁵⁹, é de responsabilidade das partes que o celebram. O princípio da autonomia da vontade sempre foi parte integrante dos contratos, fossem eles entre nacionais ou entre estes e estrangeiros⁶⁰.

Não podemos confundir essa questão com *pacta sunt servanda* levado a todas as medidas. Não se defende, no presente trabalho, uma autonomia para todas e quaisquer questões contratuais, uma vez que já se há ultrapassado o período em que as partes fixavam seus contratos e abusos eram cometidos face a uma relação na qual de um lado se encontrava uma parte hipossuficiente e, no outro, uma parte hipersuficiente⁶¹.

Porém, como esclarecem Pablo Gagliano e Rodolfo Pamplona, tal prerrogativa (relativização do princípio da igualdade das partes), é aplicável apenas aos contratos não paritários, o que não é, ao menos em um primeiro momento, objeto do presente estudo.

Arnoldo Wald, nesse particular, lembra-nos que

a autonomia da vontade se apresenta sob duas formas distintas, na lição dos dogmatistas modernos, podendo revestir o aspecto de liberdade de contratar e de liberdade contratual. Liberdade de contratar é a faculdade de realizar ou não determinado contrato, enquanto a liberdade contratual é a possibilidade de estabelecer o conteúdo do contrato. A primeira se refere à possibilidade de realizar ou não um negócio, enquanto a segunda importa na fixação das modalidades de sua realização⁶².

A par de tudo isto, há um ser humano, que enquanto indivíduo, com liberdade e consciência, busca a forma adequada e segura para o cumprimento de sua livre e consciente vontade. Conjuguar

⁵⁸ MARQUES, Claudia Lima (Org.). **A Nova Crise do Contrato: Estudos sobre a Nova Teoria Contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 24 e 25.

⁵⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil – Vol. IV**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 3.

⁶⁰ LÔBO, Paulo. **Direito Civil – Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 57.

⁶¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil – Vol. IV**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 6.

⁶² GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil – Vol. IV**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 34.

esses dois interesses, que aparentemente se chocam de forma diametral, é um dos grandes desafios do civilista da modernidade.⁶³

Segundo Strenger “deixar de reconhecer o papel da vontade, em qualquer alternativa teórica, contraria a irrefutável concepção pluralista da sociedade”⁶⁴. Mais tarde, o mesmo autor, utilizando-se de lição do jurista Orlando Gomes, transcreve a seguinte passagem:

A delimitação do campo da autonomia privada não deve obstar a indagação de seu fundamento prático, pois essa função, segundo suas próprias palavras (Orlando Gomes), “encontra-se, para alguns, no reconhecimento da propriedade privada, porque unicamente nos regimes que admitem ocorrem a circulação de bens e a prestação de serviços entre os indivíduos... De fato, onde não existem esferas particulares de interesses, a autonomia privada está ausente... Onde, porém, se reconhece ao indivíduo o poder de manifestar interesses particulares, seu exercício constitui dado incomovível da realidade social. Tem a ordem jurídica, no reconhecimento da autonomia privada, sua pedra angular. Outra não é a razão por que o negócio jurídico, principal instrumento dessa autonomia, se coloca no centro do sistema do Direito Privado⁶⁵;

Em seguida, ainda tratando da obra de Orlando Gomes, Strenger apresenta a preocupação daquele autor em diferenciar a “declaração da vontade” do “ato de autonomia privada”. Segundo Strenger, Orlando Gomes conceitua o “ato de autonomia privada” “como empenho do sujeito ao regulamento”⁶⁶. Ao passo que a “declaração da vontade” é conceituada como “uma abertura para fugas estritamente subjetivas, que incapacitam a compreensão dos intentos, mas na raiz dessas considerações a vontade permanece sobreviva”⁶⁷.

No plano internacional, poder-se-ia falar em questões relacionadas à Comunidade Européia, pois por mais que a autonomia da vontade seja amplamente respeitada, vide Regulamento (CE) n. 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I), que reconhece expressamente o princípio da autonomia, tem-se alguns casos em que a flexibilização se faz necessária. Como nos ilustra Beat Walter Rechsteiner,

⁶³ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil – Vol. IV**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 8.

⁶⁴ STRENGER, Irineu; **Da Autonomia da Vontade**. 2ª Ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 53.

⁶⁵ STRENGER, Irineu; **Da Autonomia da Vontade**. 2ª Ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 71.

⁶⁶ STRENGER, Irineu; **Da Autonomia da Vontade**. 2ª Ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 72.

⁶⁷ STRENGER, Irineu; **Da Autonomia da Vontade**. 2ª Ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 72.

“o Parlamento Europeu e do Conselho de 4 de julho de 2012 (...), somente admite a escolha da lei da nacionalidade do autor de uma disposição de última vontade no âmbito do direito sucessório”.⁶⁸

Da mesma forma como inúmeras outros autores conceituam, como será devidamente demonstrado no ponto 2.1, Marcel Caleb, lembrado por Strenger em sua obra, afirma que

O princípio da autonomia da vontade em direito internacional privado tem menor amplitude, significando que as partes apenas têm a liberdade de exercer sua vontade tendo em vista a escolha da legislação à qual querem submeter sua convenção sob reserva de respeitarem a ordem pública⁶⁹.

Nos dizeres de Strenger ao tratar da autonomia da vontade no Direito Internacional Privado “o princípio da autonomia da vontade desempenha um papel generalizador, no sentido de ultrapassar as fronteiras do direito privado para seleccionar nas ordens jurídicas existentes a lei aplicável a determinada relação de direito”⁷⁰.

De qualquer sorte, o principal limite à aplicação da autonomia da vontade em caráter internacional, se dá, no momento em que as partes elegem livremente uma lei que fere a ordem pública do país onde a lide será julgada, Nas palavras de Rechsteiner: “a reserva da ordem pública interfere quando o direito escolhido pelas partes é um determinado direito estrangeiro que viola princípios fundamentais de direito da *lex fori*”⁷¹.

Tal constatação tem uma lógica irreparável e absoluta, pois, por mais que se vislumbre uma lei aplicável diferente daquele que seria da *lex fori*, não poderá o juiz aplicá-la, caso ela venha a ferir os princípios fundamentais do local onde a sentença será executada.

Por mais que a autonomia da vontade tenha perdido e muito a sua caracterização absoluta, isto não quer dizer que exista qualquer tendência ao desaparecimento da autonomia. Não há a menor possibilidade de se sustentar um direito, que não seja autoritário, sem que se sustente e se defenda os princípios da autonomia e da liberdade. Strenger elucida que

a autonomia da vontade assumiu, em verdade, o sentido específico, que jamais perderá, de poder de regulamentação das próprias relações, ou dos próprios interesses dentro das

⁶⁸ RECHSTEINER, Beat Walter; **Direito Internacional Privado – Teoria e Prática**. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 181.

⁶⁹ STRENGER, Irineu; **Da Autonomia da Vontade**. 2ª Ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 75.

⁷⁰ STRENGER, Irineu; **Da Autonomia da Vontade**. 2ª Ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 75.

⁷¹ RECHSTEINER, Beat Walter; **Direito Internacional Privado – Teoria e Prática**. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 183.

limitações maiores ou menores ditadas pela equação do bem individual com o bem comum⁷².

É certo que, apesar dos diversos outros princípios contratuais, a que as partes devem permanecer atentas, qualquer um deles, só poderá alcançar a sua função, se não implicar qualquer prejuízo ao livre exercício da autonomia⁷³.

2. CONTRATOS INTERNACIONAIS E AUTONOMIA DA VONTADE

Como já referido, ao se abordar o princípio da autonomia da vontade nos contratos internacionais, se estará tratando, automaticamente da escolha do direito aplicável ao contrato. Evidente que o princípio não se resume a esse tópico. Poderia se falar, igualmente, em eleição de foro. Porém, está é uma questão menos controversa, que deve obrigatoriamente seguir determinadas regras de conexão. De qualquer sorte, o tema será tratado brevemente nos tópicos seguintes, de modo a sucintamente elucidar algumas questões pertinentes ao tema, como a possibilidade de litispendência internacional.

A questão da autonomia na escolha da lei é muito diferente. Apesar de a maioria doutrinária argumentar em prol da livre escolha pelas partes contratantes, nem todos dividem a mesma opinião.

Tendo em vista a dificuldade de se estabelecer quais seriam as leis aplicáveis aos contratos, muitas Convenções e Tratados vieram à tona, auxiliando o poder judiciário de inúmeros países a considerar como válidas ou não as cláusulas de eleição de lei, como por exemplo a Convenção de Roma I.

Outros regramentos partem de instituições de comerciantes que, em verdade, são os maiores interessados na citada autonomia, como por exemplo o UNIDROIT. Tais instituições buscam uma harmonização do direito internacional privado, falando muitas vezes na *lex mercatoria*, que possibilitaria a utilização de um direito desvinculado de qualquer ordenamento jurídico estatal,

⁷² STRENGER, Irineu; **Da Autonomia da Vontade**. 2ª Ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 70.

⁷³ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil – Vol. IV**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 18.

eficaz a todos aqueles contratos que a considerem como válida, eliminando dúvidas acerca de qual lei estatal utilizar.

Os comerciantes brasileiros, por seu turno, enfrentam uma enorme dificuldade quanto ao seu interesse em escolher a lei que melhor lhes convier. O art. 9º da LINDB proíbe a cláusula de eleição de lei. A regra brasileira, salvo exceção, é a *lex loci celebrationis*.

Tendo em vista os tratados europeus que permitem às partes elegerem a lei, e a dificuldade dos comerciantes brasileiros em realizar o mesmo, é que os seguintes tópicos foram elaborados. Iremos iniciar pela tendência mundial, a partir da análise dos últimos tratados e convenções internacionais sobre o tema, em se permitir que as partes elejam a lei que pretendem ser submetidas.

Em seguida, será trabalhada a questão do tema no Brasil, ou seja, como é e se há alguma possibilidade das partes estabelecerem uma cláusula de eleição de lei. Há alguma saída para as regras descritas na LINDB? Serão abordados, também, questionamentos e o regramento da Convenção do México sobre o tema.

Por fim, se estudará um dos temas mais importantes quanto ao comércio internacional, e consequentemente o DIPr: a *lex mercatoria*. A análise será sobre as possibilidades de utilizá-la como um direito supranacional desvinculado de qualquer ordenamento jurídico, constituindo-se, finalmente, como uma norma válida para todos os contratos internacionais de comércio, desejo há muito almejado por doutrinadores e comerciantes.

Evidente que não se pretende encerrar qualquer umas das referidas áreas. O presente trabalho se compõe de um estudo doutrinário, com certas abordagens jurisprudenciais, sempre buscando uma fundamentação pró autonomia da vontade, sem desconsiderar, logicamente, todos os argumentos contrários à teoria aqui defendida.

Como muito bem escrito por Strenger, em 1973, “o considerável intercâmbio que, em todas as ordens da vida, estabeleceu-se entre todos os homens que formam a rudimentária sociedade internacional fez surgir regras jurídicas que a regulam – *ubi societas, ibi jus*”⁷⁴.

⁷⁴ STRENGER, Irineu; **Teoria Geral do Direito Internacional Privado**. São Paulo: USP, 1973. p. 3.

Se, em 1973, o supracitado autor já chamava a atenção para o surgimento de regras jurídicas que regulassem o comércio internacional, 41 anos depois é aceitável imaginar que a necessidade se tornou ainda mais urgente, sendo tais questões devidamente abordadas nos capítulos que seguem.

2.1.A tendência mundial de prevalência da autonomia da vontade nos contratos internacionais privados – tratados e convenções

Percebe-se, a partir do exposto nos tópicos anteriores, que um Estado dito Democrático de Direito, ao menos, deveria respeitar o livre exercício da autonomia da vontade no que se refere aos contratos internacionais.

Strenger leciona que,

a força da autonomia da vontade, praticamente, concentra-se no contrato que, sendo uma relação entre sujeitos de direito, é, em consequência, o campo mais abrangido por essa categoria jurídica, notadamente porque a relação obrigacional se estabelece entre pessoas⁷⁵.

De modo a deixar-se claro que não se pretende estabelecer a autonomia como único e grande fundamento dos contratos privados, salienta-se que não há, no presente trabalho, uma interpretação do tema como aquela estabelecida pelos franceses no art. 1134 do seu Código Civil: “As convenções feitas em contratos formam para as partes uma regra à qual devem se submeter como a própria lei”. O que se busca é uma maior efetividade do termo em nosso ordenamento jurídico, de modo a se assegurar aos contratantes internacionais o direito de livre escolha da lei aplicável ao contrato.

Como exposto pelo jurista Irineu Strenger no prefácio de sua obra intitulada “Da Autonomia da Vontade” “não resta, hoje, a menor dúvida de que a vontade individual é o grande motor dos atos jurídicos, notadamente dos contratos, dos quais forma o denominador comum”⁷⁶.

Como amplamente demonstrado no capítulo anterior, há uma restrição da autonomia da vontade nos contratos, porém tais limitações, no plano internacional (escolha da lei aplicável),

⁷⁵ STRENGER, Irineu; **Da Autonomia da Vontade**. 2ª Ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 70.

⁷⁶ STRENGER, Irineu; **Da Autonomia da Vontade**. 2ª Ed. São Paulo: LTr, 2000. Prefácio.

devem dizer respeito a apenas a questões relacionadas à ordem pública ou a leis imperativas de um dos estados contratantes.

Nesse mesmo sentido, Nadia de Araujo:

Em todos os sistemas jurídicos nacionais há previsão legal para a solução jurídica multiconectada. Assim, usando-se os métodos aludidos, o juiz responsável decidirá qual a lei aplicável à questão em litígio. No entanto, há situações em que, escolhida uma lei estrangeira, em razão se sua conexão com o caso concreto, não será esta aplicável em face do impedimento determinado pela ordem pública do foro⁷⁷.

De modo a clarificar, afirma-se que, no DIPr, ao tratar-se da autonomia da vontade, se está considerando, se não única e exclusivamente, ao menos com grande ênfase, a possibilidade ou não da eleição de lei. Neste sentido Nadia de Araujo admite que “a preocupação com o papel da autonomia da vontade na determinação do direito aplicável aos contratos internacionais é um dos seus tópicos mais importantes”.⁷⁸ E complementa, “a autonomia das partes, no DIPr, tem por objeto a designação de uma lei aplicável ao contrato”.⁷⁹

Para Beat Walter Rechsteiner, é exatamente na questão da livre eleição da lei aplicável aos contratos internacionais que se encontra a autonomia da vontade⁸⁰. Portanto, ao se discutir tal princípio contratual no contexto internacional, obrigatoriamente se discute a eleição de lei.

Em sua obra, *Contratos Internacionais*, Nadia de Araujo elucida que “como bem colocou Paulo Borba Cassela, a grande diferença existente entre os contratos internos e internacionais é a possibilidade das partes escolherem a elas lei aplicável nos internacionais”.⁸¹

No ensinamento de Cândido Dinamarco, ao tratar sobre os contratos internacionais, preceitua o jurista, que “especialmente em contratos entre particulares, que são regidos pela disponibilidade

⁷⁷ ARAÚJO, Nádía de. **Contratos Internacionais – Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais**. 4ª Ed. São Paulo: Renovar, 2009, p. 35.

⁷⁸ ARAÚJO, Nádía de. **Contratos Internacionais – Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais**. 4ª Ed. São Paulo: Renovar, 2009, p. 23.

⁷⁹ ARAÚJO, Nádía de. **Contratos Internacionais – Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais**. 4ª Ed. São Paulo: Renovar, 2009, p. 51.

⁸⁰ RECHSTEINER, Beat Walter; **Direito Internacional Privado – Teoria e Prática**. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 179.

⁸¹ ARAÚJO, Nádía de. **Contratos Internacionais – Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais**. 4ª Ed. São Paulo: Renovar, 2009, p. 26.

própria do direito privado (comercial, civil), permite-se até que as partes indiquem a norma de regência, optando legitimamente pela lei do país que escolherem”⁸².

Nesse sentido, uma das discussões que poderia surgir, seria em torno da dificuldade de o juiz brasileiro aplicar uma lei estranha ao seu ordenamento jurídico, não somente por questões linguísticas, mas também por questões interpretativas. Porém, se este for o caso, ou seja: se a lei escolhida não for a brasileira, mas o foro competente o for, caberá à parte que deu cabo ao processo apresentar a lei e a vigência dela, vide art. 14 da Lei de Introdução, concomitantemente com art. 337 CPC⁸³.

Levando-se em consideração a Convenção Interamericana Sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais de 1994, que também foi suficientemente atenta para precisamente apartar as duas temáticas (eleição de lei e foro competente), temos que “a cláusula de eleição de foro é apenas um dado que será valorado junto com outros elementos do contrato para que determinada a lei aplicável à falta de escolha eficaz”⁸⁴.

Na Europa, por sua vez, já era possível verificar a consolidação do princípio da autonomia da vontade no que se refere aos contratos internacionais, desde de junho de 2008, após a promulgação do Regulamento (CE) n.º 593/2008, conhecido como Roma I, que apresenta a seguinte regra: “Art. 11: A liberdade das partes de escolherem o direito aplicável deverá constituir umas das pedras angulares do sistema de normas de conflitos de leis em matéria de obrigações contratuais”⁸⁵.

Porém, a admissão da autonomia da vontade não é privilégio exclusivo da Convenção de Roma I. Outros tantos tratados e Convenções já se demonstraram favoráveis ao princípio, como: o Código Bustamante em seu art. 419, a Convenção de Viena sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, no seu art. 7.1, a Convenção de Haia de 1986, e A Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais de 1994, no seu art. 7.

⁸² In: CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e Competência**. 18ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 110.

⁸³ In: CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e Competência**. 18ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 110.

⁸⁴ JAEGER, Guilherme Pederneiras. **Lei Aplicável aos Contratos Internacionais – O Regime Jurídico Brasileiro e a Convenção do México**. 1ª Ed. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 129.

⁸⁵ Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0016:PT:PDF>. Acessado em 04.05.2014.

No Brasil, conforme se demonstrará em capítulo específico, a realidade, lamentavelmente, é outra. Apesar de a doutrina majoritária entender que a autonomia da vontade deveria ser um princípio com maior abrangência em nosso ordenamento jurídico, majoritariamente, também se entende que frente às regras da atual LINDB, impossível é a sua aplicação.

Em 17 de junho de 2008, a Comunidade Europeia resolveu aceitar a livre escolha da lei aplicável a um contrato internacional. Tal decisão é um dos maiores marcos modernos no que diz respeito à promoção e eficácia do princípio da autonomia da vontade.

O Regulamento (CE) nº 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais, conhecido como Roma I, estabelece no art. 11 que “a liberdade das partes de escolherem o direito aplicável deverá constituir uma das pedras angulares do sistema de normas de conflitos de leis em matéria de obrigações contratuais”⁸⁶.

Apenas de maneira a conceituar o que seria um contrato internacional, utiliza-se conceito da internacionalista Nadia de Araujo: “o que caracteriza o contrato internacional é a presença de um elemento de estraneidade que o ligue a dois ou mais ordenamentos jurídicos nacionais”.⁸⁷

Tem-se, hoje, no Brasil, a aplicação única e exclusiva do art. 9º da lei LINDB⁸⁸. A par de ampla produção doutrinária-acadêmica, da tendência global e, inclusive, de tratados internacionais assinados pelo Brasil, não há espaço em nossa realidade jurídica para uma flexibilização da eleição da lei aplicável.

Já houve quem defendesse o cabimento das leis de aplicação imediata, ou seja, a aplicação da lei que melhor, não somente tecnicamente, mas, também, celeremente, resolvesse o caso. Tal posicionamento, todavia, é tido como um retrocesso, pois se estaria aplicando a lei nacional a despeito de qualquer cláusula contratual. O que, de forma alguma significa que não possa ser utilizada em caráter excepcional. Muito pelo contrário. Segundo o autor Guilherme Jaeger “é uma

⁸⁶ ⁸⁶ Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0016:PT:PDF>. Acessado em 04.05.2014.

⁸⁷ ARAÚJO, Nádía de. **Contratos Internacionais – Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais**. 4ª Ed. São Paulo: Renovar, 2009, p. 29.

⁸⁸ Sem considerar os efeitos da CISG – Convenção de Viena Sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias. Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/V1056997-CISG-e-book.pdf>. Acessado em 06.04.2014

situação da vida privada internacional que não é submetida ao método conflitual, sendo resolvida por uma regra de aplicação imediata”.⁸⁹

Seria intolerável, ao se tratar do tema proposto no presente trabalho, a não citação e análise, por mais sucinta que possa ser, da *lex mercatória*, que será devidamente analisada em tópico específico. Algumas leis e costumes que poderiam ser englobados na referida lei, que sempre considerou a autonomia da vontade como um dos princípios brasileiros do DIPr, seriam: a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos para Compra e Venda Internacional de Mercadorias, celebrada no âmbito da *United Nations Comissions on International Trade Law – Uncitral*, que prevê regras materiais para os contratos internacionais⁹⁰.

Também poderiam ser considerados como parte da *lex mercatoria* “os Princípios para os Contratos Comerciais Internacionais, que são regras materiais e foram elaborados pelo *Institut international pour l’Unification Du Droit Prive – Unidroit*”⁹¹.

Outra teoria de flexibilização do DIPr que merece apontamentos é a assim chamada “Proper Law approach”. Segundo a citada teoria, a lei aplicável deveria ser aquele com maior laço de conexão com o caso concreto. Tal entendimento passou a ser denominado e reconhecido como princípio dos vínculos mais estreitos.⁹²

Tal teoria apresenta alta incidência nos países da Common Law, principalmente nos EUA, como bem elucida Nadia de Araujo:

o que importa não é a escolha da lei mais adaptada, pois a questão deve ser vista do ponto de vista de seu resultado, devendo a seleção ser feita de acordo com o conteúdo do problema em questão, procurando-se a melhor norma material para solucioná-lo⁹³.

Segundo entendimento do Professor Jaeger, há um aspecto negativo na aplicação do Proper Law Approach teoria, qual seja, a incerteza e insegurança jurídica, “pois é dotado de intensa

⁸⁹ JAEGER, Guilherme Pederneiras. **Lei Aplicável aos Contratos Internacionais – O Regime Jurídico Brasileiro e a Convenção do México**. 1ª Ed. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 38.

⁹⁰ JAEGER, Guilherme Pederneiras. **Lei Aplicável aos Contratos Internacionais – O Regime Jurídico Brasileiro e a Convenção do México**. 1ª Ed. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 39.

⁹¹ JAEGER, Guilherme Pederneiras. **Lei Aplicável aos Contratos Internacionais – O Regime Jurídico Brasileiro e a Convenção do México**. 1ª Ed. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 39.

⁹² JAEGER, Guilherme Pederneiras. **Lei Aplicável aos Contratos Internacionais – O Regime Jurídico Brasileiro e a Convenção do México**. 1ª Ed. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 41.

⁹³ ARAÚJO, Nádia de. **Contratos Internacionais – Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais**. 4ª Ed. São Paulo: Renovar, 2009, p. 32.

flexibilidade, porquanto parte de critérios subjetivos para a definição da melhor lei ou a lei mais própria para o caso”⁹⁴.

Muito antes de ideias de flexibilização, mais especificamente em 1849, o jurista alemão Friedrich Carl Von Savigny já havia almejado uma tentativa de harmonização do direito privado entre diferentes Estados. “Justamente por isso estabeleceu o critério da sede das relações, apto a vigorar em qualquer Estado”⁹⁵.

Poder-se-ia, inclusive, afirmar que Savigny defende, de certa forma, a liberdade individual de contratar. Porém, deve-se anotar que o jurista alemão não trata especificamente da autonomia das partes. Inclusive, prefere a utilização do termo liberdade individual à da palavra autonomia. Nos dizeres da jurista Nádia de Araujo, ao tratar da autonomia em Savigny, tem-se que “Savigny não se refere ao princípio nos termos anteriormente dispostos pela doutrina francesa, contemporânea ao seu pensamento, mas sim da seguinte forma:

A jurisdição especial da obrigação (que coincide com a verdadeira sede da obrigação) repousa na submissão livre das partes, submissão esta resultante, no mais das vezes, de uma declaração de vontade não expressa, mas tácita, e que desde então será sempre excluída pela expressão de uma vontade contrária. Devemos, portanto, procurar o lugar para o qual as partes dirigiram sua atenção, qual o lugar por elas visualizado como sede da obrigação; e é neste lugar que devemos colocar a jurisdição especial da obrigação, fundada na livre submissão das partes⁹⁶.

Porém, o jurista alemão Jürgen Samtleben discorda, em parte, da interpretação de Nádia de Araujo sobre as teorias de Savigny. Pare ele,

é verdade que Savigny admite esta eleição do direito aplicável somente na medida em que as disposições do direito territorial podem ser modificadas pelas partes. Mas parece que aqui se refere às normas absolutas que pouco antes menciona como limites de qualquer submissão voluntária e que correspondem hoje em dia às leis de ordem pública internacional⁹⁷.

E finaliza estabelecendo um contra ponto com o direito internacional europeu atual,

⁹⁴ JAEGER, Guilherme Pederneiras. **Lei Aplicável aos Contratos Internacionais – O Regime Jurídico Brasileiro e a Convenção do México**. 1ª Ed. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 41.

⁹⁵ JAEGER, Guilherme Pederneiras. **Lei Aplicável aos Contratos Internacionais – O Regime Jurídico Brasileiro e a Convenção do México**. 1ª Ed. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 42.

⁹⁶ ARAÚJO, Nádia de. **Contratos Internacionais – Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais**. 4ª Ed. São Paulo: Renovar, 2009, p. 58

⁹⁷ SAMTLEBEN, Jürgen. **Teixeira de Freitas e a Autonomia das Partes no Direito Internacional Privado Latino-Americano**. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67015/69625>. Acessado em 10.05.2014.

É essa visão da autonomia das partes na eleição do direito aplicável que prosperou depois na doutrina europeia e domina o direito internacional privado moderno. Segundo esta concepção, as partes podem livremente escolher a lei do contrato e assim derrogar não só as normas dispositivas, mas também as disposições obrigatórias da lei normalmente aplicável, sendo o único limite a ordem público da *lex fori*⁹⁸.

De qualquer sorte, é importantíssima a constatação que no séc. XIX já se aventava a ideia de uma uniformização do DIPr. Porém, como muito bem asseverado por Guilherme Jaeger “A diversidade de regimes jurídicos no mundo, cada qual adotando seus próprios critérios para delimitar o domínio de suas normas de direito, evitou a uniformidade pretendida”⁹⁹.

Antes mesmo das Cidips, segundo Jaeger, já se havia pretendido uma harmonização do DIPr,

O primeiro instrumento de harmonização na América Latina foi o Tratado de Lima, de 1878. Veja-se um trecho da Exposição de Motivos do Tratado, transcrito em artigo publicado por Valladão: *As repúblicas signatárias, depois de ter oferecido aos estrangeiros o gozo dos direitos civis, querem dar mais garantias de segurança, fixando regras inalteráveis equitativas para os casos em que haja oposição entre as leis estrangeiras e as de nossos países*¹⁰⁰.

Seguindo nesta mesma linha de elucidação cronológica, o autor explica que:

Depois desse instrumento, vieram os Tratados de Montevidéu (1888/9), o Código de Bustamante (19285), a Revisão do Tratado de Montevidéu (1939/1940), até que, em 1975, ocorreu a Cidip I, no âmbito da OEA, reafirmando a tradição codificadora do DIPr latino-americano¹⁰¹.

Já a LINDB, por seu turno, afirma no seu art. 9º que o contrato será regido pela *lei do lugar onde forem contraídas* (no caso as obrigações), ou seja, *lex loci celebrationis*.¹⁰² Uma das maiores críticas que se faz a esse instituto, além, é claro, do fato de ele abominar por completo a autonomia das partes, é a possibilidade de que, por vezes, por mero acaso, as partes podem assinar o contrato em um determinado local, sem que haja o menor interesse em que a lei aplicável seja a local, que

⁹⁸ SAMTLEBEN, Jürgen. **Teixeira de Freitas e a Autonomia das Partes no Direito Internacional Privado Latino-Americano**. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67015/69625>. Acessado em 10.05.2014.

⁹⁹ JAEGER, Guilherme Pederneiras. **Lei Aplicável aos Contratos Internacionais – O Regime Jurídico Brasileiro e a Convenção do México**. 1ª Ed. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 42.

¹⁰⁰ JAEGER, Guilherme Pederneiras. **Lei Aplicável aos Contratos Internacionais – O Regime Jurídico Brasileiro e a Convenção do México**. 1ª Ed. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 43.

¹⁰¹ JAEGER, Guilherme Pederneiras. **Lei Aplicável aos Contratos Internacionais – O Regime Jurídico Brasileiro e a Convenção do México**. 1ª Ed. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 43.

¹⁰² Código Civil

podem, até mesmo, ignorar. A assinatura do pacto pode ter acontecido em certo lugar, por motivos circunstanciais, sem qualquer premeditação quanto ao interesse de se aplicar a lei local¹⁰³.

Como bem lembrado por Jaeger “o critério *lex loci executionis*, embora não conste expressamente na legislação em vigor, tem sido considerado vigente, em forma de exceção, tal como se na lei constasse”¹⁰⁴.

Por fim cabe lição de Strenger, ao salientar o valor e a grandeza em se preservar o princípio da autonomia da vontade reproduzido em sua íntegra, de modo a não perder valor semântico muito bem empregado pelo jurista:

O recurso à vontade das partes para a determinação da lei aplicável, evidentemente, não pode ser recebido como solução compatível com a realidade histórica do período individualista, no instante em que a fisionomia do problema sofreu profundas alterações oriundas das novas circunstâncias que envolvem os homens em suas relações, mas, por outro lado, a questão não perdeu nem pode perder seu valor substancial, porquanto não se pode excluir toda e qualquer influência da vontade na determinação da lei aplicável à validade intrínseca das obrigações convencionais, desde que essa influência se coloque em harmonia com as exigências fundamentais dos princípios jurídicos de universalidade consagrada¹⁰⁵.

2.2. A realidade da *práxis* brasileira e a Convenção Interamericana sobre Direito aplicável aos Contratos Internacionais

Antes de se adentrar especificamente nas questões relativas à *práxis* brasileira, se fazem necessários breves apontamentos quanto ao estudo da *lex fori*, pois ela apresenta altíssima relevância para todos os aspectos norteadores do atual DIPr. Como bem elucida Nadia de Araujo “pode ser estabelecido o foro pela nossa lei, e uma vez chamado a decidir a demanda, o juiz brasileiro ainda terá que determinar a lei aplicável a partir das regras do art. 9º da LINDB”¹⁰⁶.

¹⁰³ JAEGER, Guilherme Pederneiras. **Lei Aplicável aos Contratos Internacionais – O Regime Jurídico Brasileiro e a Convenção do México**. 1ª Ed. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 56.

¹⁰⁴ JAEGER, Guilherme Pederneiras. **Lei Aplicável aos Contratos Internacionais – O Regime Jurídico Brasileiro e a Convenção do México**. 1ª Ed. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 56.

¹⁰⁵ STRENGER, Irineu; **Da Autonomia da Vontade**. 2ª Ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 198.

¹⁰⁶ ARAÚJO, Nádia de. **Contratos Internacionais – Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais**. 4ª Ed. São Paulo: Renovar, 2009, p. 268.

Há que salientar, mesmo que de forma lacônica, como muito bem dito por Cândido Dinamarco que: “a conveniência do exercício da jurisdição e a viabilidade da efetivação de seus resultados são os fundamentais critérios norteadores das normas de direito interno sobre competência internacional”.¹⁰⁷

É certo que uma lei só será efetivamente aplicada, quando o foro que irá aplicá-la for devidamente competente para tanto. Nas palavras de Athos Gusmão Carneiro:

A boa política legislativa recomenda que somente se dê competência a um dado Estado para o julgamento de causas cuja satisfação do Direito (declarado no processo de conhecimento) possa ser, por esse Estado, efetivamente assegurada, isto é, realizada¹⁰⁸.

Ainda, uma vez que se esteja abordando a questão de competência de foro, cabe salientar que em matéria processual internacional a litispendência é um fenômeno processual válido e não gera nulidade processual enquanto um dos processos não tiver seu julgamento findo, ou seja, transitado em julgado. No caso de uma sentença estrangeira, ela só alcançara o *status* de transitada em julgado após sua homologação pelo STF.

Neste ínterim, apresenta-se jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo que tratou de forma perfeita e exemplar a temática. O caso em epígrafe dizia respeito a uma ação de cobrança da empresa IRB – Brasil Resseguros S/A contra Eldorado S/A e Verpar S/A. O juiz de primeiro grau entendeu que à recorrente não assistia o direito de cobrar a recorrida no Brasil, ou seja, que a obrigação não poderia ser cumprida em território nacional, por exceção de competência, uma vez que o valor devido fora estipulado em moeda estrangeira, bem como teria sido avençado que o contrato seria regido e interpretado “de acordo com as leis do Estado de Nova York”.

Tal entendimento foi integralmente refutado pela 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Segundo o desembargador Luiz Antonio de Godoy,

não constitui óbice o fato de ter sido escolhida a lei dos Estados Unidos da América para reger o contrato em questão, sendo possível que o juiz brasileiro julgue a causa conforme o direito material de referido país (...) tendo as rés domicílio no Brasil, reputa-se perfeitamente aplicável a regra prevista no art. 88, I, do Código de Processo Civil, tratando-se de hipótese de competência internacional concorrente, admitindo-se, no caso, a atuação da autoridade judiciária brasileira. Insta ressaltar que, a despeito de já ter sido julgada a mesma ação de cobrança pela Corte do Estado de Nova Iorque, está pendente de

¹⁰⁷ In: CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e Competência**. 18ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 103.

¹⁰⁸ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e Competência**. 18ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 103.

juízo o pedido de homologação de sentença estrangeira formulado perante o Superior Tribunal de Justiça, não tendo ela ainda eficácia no Brasil (...) ¹⁰⁹.

Discutem-se, atualmente, quando estabelecido o foro brasileiro como foro apto a julgar a lide ¹¹⁰, ao se tratar de contratos internacionais, duas diferentes formas de conexão quanto à lei aplicável ao contrato. São elas: *lex loci celebrationis* e *lex loci executionis*. Ainda, no que cabe a *lex loci celebrationis*, se discute qual é o local de celebração em caso de contratos estabelecidos por “fac-símile, ou mesmo por mensagens eletrônicas autenticadas e videoconferência”. ¹¹¹

Antes do advento da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro de 1942, o regramento do DIPr constava na Lei de Introdução ao Código Civil de 1916. Quanto à eleição do direito aplicável, regulava o art. 13 o seguinte:

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

Parágrafo único. Mas sempre se regerão pela lei brasileira:

I – Os contratos ajustados em países estrangeiros, quando exequíveis 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.

Como muito bem exposto por Samtleben, “o art. 13 previa, em princípio também uma estipulação das partes sobre o direito aplicável. Porém, esta possibilidade foi interpretada pela doutrina brasileira no sentido de se referir somente ao direito positivo” ¹¹².

¹⁰⁹ Disponível em:

<http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=9066155-90.2004&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=9066155-90.2004.8.26.0000&dePesquisaNuAntigo=> Acessado em 15.06.14

¹¹⁰ Neste ínterim cabe sucinta lição de Athos Gusmão Carneiro: “Assim, é princípio geralmente assente em direito internacional o de que o exercício da jurisdição por um determinado país encontra limites no *princípio da efetividade*: o juiz brasileiro, portanto, somente atuará relativamente às demandas de alguma forma vinculadas a algum outro país se houver possibilidade de tornar efetiva, de realmente fazer *cumprir* sua sentença (vale dizer, de que as cartas rogatórias de execução sejam bem aceitas pela justiça do outro país). CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e Competência**. 18ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 103.

¹¹¹ JAEGER, Guilherme Pederneiras. **Lei Aplicável aos Contratos Internacionais – O Regime Jurídico Brasileiro e a Convenção do México**. 1ª Ed. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 58.

¹¹² SAMTLEBEN, Jürgen. **Teixeira de Freitas e a Autonomia das Partes no Direito Internacional Privado Latino-Americano**. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67015/69625>. Acessado em 10.05.2014.

Importante salientar que, de 1916 a 1942, havia, ao menos, uma “brecha” interpretativa à livre eleição de lei, e que atualmente não há. Enquanto houve uma evolução do princípio da autonomia no DIPr em outros ordenamentos jurídicos, como, por exemplo, na Comunidade Europeia, no Brasil houve um retrocesso que permanece inalterado.

Como o Brasil, ao menos até o presente momento, não ratificou qualquer tratado ou convenção internacional que regulamente questões relativas ao DIPr, cabe, ao se realizar um estudo da prática brasileira, a análise da LINDB, de modo particular em seu art. 9º, principalmente tendo em vista o foco da presente monografia.

A jurista Maristela Basso, ao analisar o art. 9º da LINDB, defende que: “quando o juiz for chamado a decidir uma controvérsia, no âmbito do Poder Judiciário, sobre relação obrigacional (inclusive contratual) e tiver que decidir a lei aplicável, esta deverá ser a do “local onde a obrigação se constituiu” (*locus regit actum*)”¹¹³.

Para a jurista, a regra atinente à conexão de lei no Brasil é, sem sombra de dúvida, a *lex loci celebrationis*, como se pode depreender do art. 9º da LINDB:

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

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

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

À parte da doutrina, que ainda busca uma harmonização quanto ao princípio aplicável (principalmente quando da interpretação conjunto do caput do art. 9 com o seu §1º), pode-se dizer que a *Lex loci celebrationis* é a regra, e a *Lex loci executionis* a exceção.¹¹⁴ Porém, no entendimento de Jaeger, a aplicação da lei do local de execução como uma exceção à regra, “é fruto de entendimento doutrinário e jurisprudencial, decorrente de interpretação, quiçá *contra legem*, da norma legal”.¹¹⁵

¹¹³ BASSO, Maristela. **Curso de Direito Internacional Privado**. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 242.

¹¹⁴ RECHSTEINER, Beat Walter; **Direito Internacional Privado – Teoria e Prática**. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 185.

¹¹⁵ JAEGER, Guilherme Pederneiras. **Lei Aplicável aos Contratos Internacionais – O Regime Jurídico Brasileiro e a Convenção do México**. 1ª Ed. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 56.

O jurista defende que a *lex loci executionis* deverá ser aplicada apenas à forma essencial do contrato, vide §1º do art. 9º da LINB.¹¹⁶ Portanto a regra permanece inalterada. Não se trata, em verdade, de uma exceção, mas da simples aplicação da lei. Quando há a incidência do §1º do art. 9º da LINB, há necessariamente a aplicação de duas leis. Como muito bem leciona Maristela Basso, ao argumentar que:

por conta de um critério complementar, o art. 9º, §1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro em questão ressalva a aplicação da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do negócio, daí por que a norma preserva o alcance da regra de conexão *locus regit actum*¹¹⁷.

Entende-se, a partir de um estudo semântico do parágrafo 1º, que não se trata de uma exceção e sim de uma regra complementar, pois ela só será aplicada havendo a necessidade de forma especial, e igualmente só será aplicada quanto à forma essencial.

Em sua obra “Da Autonomia da Vontade” Strenger apresenta o entendimento do jurista Oscar Tenório sobre o art. 9º da LINDB. Segundo Tenório,

se o princípio fundamental é o da lei do país em que se constituírem as obrigações, não há dúvida de que a autonomia da vontade regerá as obrigações se for ela admitida pela lei competente, pois o sistema do direito internacional privado no Brasil é de modo a entregar as obrigações, com as naturais restrições da ordem pública, à lei de sua constituição¹¹⁸.

Porém, tudo indica que ambos os autores, tanto Oscar Tenório quanto Irenei Strenger, que concorda com a interpretação do primeiro, esqueceram de analisar o art. 16 da LINDB. Eis o regulamento do citado art.: “Quando, nos termos dos artigos precedentes, se houver de aplicar a lei estrangeira, ter-se-á em vista a disposição desta, sem considerar-se qualquer remissão por ela feita a outra lei”.

Neste artigo, há uma clarividente proibição da hipótese do assim chamado reenvio. Se entende por reenvio, a aplicação das regras de conexão da lei, que deveria ser aplicada, remetendo a outra lei, ao invés de se levar em consideração apenas os aspectos materiais da primeira. Por exemplo: Um contrato internacional foi celebrado no Estado X (segundo a lei brasileira, *lex loci celebrationis*, a lei a ser aplicada ao contrato será a desse Estado). O Estado X, por sua vez, permite,

¹¹⁶ JAEGER, Guilherme Pederneiras. **Lei Aplicável aos Contratos Internacionais – O Regime Jurídico Brasileiro e a Convenção do México**. 1ª Ed. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 56.

¹¹⁷ BASSO, Maristela. **Curso de Direito Internacional Privado**. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 242.

¹¹⁸ STRENGER, Irenei; **Da Autonomia da Vontade**. 2ª Ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 196.

em suas regras de DIPr, que as partes, de maneira autônoma, elejam a lei a ser aplicada ao contrato. As partes, previamente sabedoras desta regra, já haviam estabelecido em seu contrato uma cláusula de aplicação da lei do Estado Y. Sendo assim, o judiciário competente (brasileiro) ao analisar o caso, utilizaria as regras de conexão do Estado X (*lex celebrationis*), que por permitir a livre escolha das partes, reenviaria a análise do contrato à lei do Estado Y. Como demonstrado a partir da leitura do art. 16 da LINDB tal hipótese é ilegal.

O jurista Oscar Tenório, insistindo na tese do reenvio, argumenta sua aplicação com o seguinte exemplo: “uma obrigação contraída no exterior pode sujeitar-se ao direito brasileiro no caso em que a lei do lugar do contrato admitir a autonomia da vontade e as partes resolverem escolher a lei brasileira”. No entender do supracitado jurista e com apoio irrestrito de Strenger, tal exemplo, é uma regra válida no DIPr brasileiro.

Porém, deve-se esclarecer que a lei do local de celebração deve ser analisada a partir de sua materialidade e não quanto às suas regras de conexão. Percebe-se que os autores acima referidos ignoram tal regramento. Entende-se que o reenvio não seria uma saída válida ao engessamento dado pelo legislador brasileiro à questão da autonomia da vontade na eleição de lei. Em verdade, tratando-se de questões interpretativas da lei de maneira prática, infelizmente, não há nada que possa ser feito.

Em matéria jurisprudencial, pouco se produziu no Brasil até o presente momento. Como já devidamente estudado, demonstrou-se que a nossa LINDB não renunciou às partes a faculdade de escolha de lei aplicável aos contratos internacionais. Deve-se seguir a regra elencada no art. 9º da LINDB, ou seja, *lex loci celebrationis*. Com exceção do §1º, quando, independentemente do local de celebração, a lei aplicável será exclusivamente a brasileira.

Demonstrou-se, também, que até mesmo as interpretações mais otimistas no que se refere a alguma forma de cabimento da autonomia da vontade, esbarraram em algum tipo de limitação, como, por exemplo, na hipótese do reenvio, que resta claramente inválida tendo em vista o disposto no art. 16 da LINDB.

De modo a demonstrar o entendimento da questão por nossos tribunais, junta-se apelação interposta no Tribunal de Justiça de São Paulo, na qual discutiu-se a aplicação de lei a um contrato internacional.

Trata-se de um Contrato de Representação Comercial, celebrado em 19.02.71, nos “EUA”, entre as empresas “Cia. Comercial Internacional “CIACI” e “Alox Corporation”, sucedida por “The Lubrizol Corporation” (Lubrizol). A discussão central que se levou ao TJ/SP dizia respeito ao regime jurídico aplicável, ou seja, qual seria a lei aplicável ao contrato. Segundo cláusula contratual, o contrato seria interpretado de acordo com as leis do Estado de Nova York. De acordo com o relator Salles Vieira o contrato estava de acordo com o art. 9º da LINDB, portanto poderia, sim, ser aplicada a lei do Estado de Nova York, mesmo sendo o caso julgado pelo judiciário brasileiro. Eis um resumo do corretíssimo voto do relator:

apenas não terão eficácia no Brasil, as leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, quando defenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes (...) O fato da matéria ser apreciada por Tribunal pátrio, não exclui, necessariamente, a aplicação da lei americana. Somente não foi apreciada com maior profundidade a aplicação da referida lei, ao contrato vigente, em face da apelante não trazê-la aos autos, como determina a lei. Era possível, ao julgador, em face do disposto no art. 14 da LICC, exigir de quem a invoca a prova do texto e da vigência da lei estrangeira (...) O art. 18 da LICC, apenas assegura a imperatividade da norma brasileira, nas circunstâncias constantes no citado artigo, as quais não apresentam qualquer relação com os fatos dirimidos nesta lide. Não existe a alegada afronta a ordem pública internacional, vez que, em face do direito, inclusive econômico, é salutar que as empresas brasileiras e estrangeiras, desde que o objeto do contrato seja lícito, tenham liberdade de contratar.¹¹⁹

Uma saída à realidade brasileira seria a ratificação e consequente efetividade da Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais¹²⁰ de mil novecentos e noventa e quatro, fruto da Cidip V¹²¹, também conhecida como Convenção do México da qual o Brasil é um dos países signatários. Tal encontro contou com a presença de 19 países das Américas, o que não quer dizer que apenas tais países fossem aptos a incorporar a convenção a seu

¹¹⁹ Disponível em:

<http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NMPARTE&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=&foroNumeroUnificado=&dePesquisaNuUnificado=&dePesquisaNuAntigo=&dePesquisa=the+lubrizol+corporation>. Acessado em 15.06.14

¹²⁰ Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/b-56.htm>. Acessado em 19/05/2014.

¹²¹ “As Cidips são conferências que ocorrem sob o auspícios da OEA e são convocadas pelo órgão supremo da organização, a Assembleia Geral.” Em: JAEGER, Guilherme Pederneiras. **Lei Aplicável aos Contratos Internacionais – O Regime Jurídico Brasileiro e a Convenção do México**. 1ª Ed. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 80.

ordenamento jurídico, pois “uma vez em vigor, foi aberta à adesão por parte de qualquer outro Estado”¹²², de modo a facilitar uma maior abrangência da convenção, propiciando aos demais países do bloco a possibilidade de aderirem à Convenção.

Um fato importante de ser salientado, sobre a Convenção do México, é a regra esculpida no art. 2º, que prevê: “o direito designado por esta Convenção será aplicável mesmo que se trate do direito de um Estado não-parte”¹²³. O que se percebe, por consequência, é uma aceitação integral da autonomia da vontade, podendo as partes escolherem qualquer lei ao celebrarem o contrato, mesmo sendo de um Estado estranho aos signatários. Segundo Jaeger “a escolha de uma legislação sem qualquer vínculo, aliás, pode se justificar em razão de ser uma lei mais avançada para tratar do objeto do negócio”.¹²⁴

Ainda, de modo a se demonstrar a total autonomia das partes prevista na Convenção, o art. 8, regula que:

as partes poderão a qualquer momento, acordar que o contrato seja total ou parcialmente submetido a um direito distinto daquele pelo qual se regia anteriormente, tenha este sido o não escolhido pelas partes. Não obstante, tal modificação não afetará a validade formal do contrato original nem os direitos de terceiros¹²⁵.

No mesmo sentido do que fora afirmado no início do presente tópico, Jaeger esclarece que “esse princípio da autonomia da vontade, como argumenta Siqueira, representa uma tendência do DIPr, visto que está presente nas mais recentes convenções internacionais sobre o assunto, assim como nas legislações internas mais modernas”¹²⁶.

Entretanto, o artigo de maior relevância para o presente estudo, ao se tratar da Convenção do México, é o art. 7 que define a eleição de lei como uma regra atinente aos contratos internacionais:

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 de conduta das partes e das cláusulas contratuais,

¹²² JAEGER, Guilherme Pederneiras. **Lei Aplicável aos Contratos Internacionais – O Regime Jurídico Brasileiro e a Convenção do México**. 1ª Ed. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 96.

¹²³ Convenção Interamericana

¹²⁴ JAEGER, Guilherme Pederneiras. **Lei Aplicável aos Contratos Internacionais – O Regime Jurídico Brasileiro e a Convenção do México**. 1ª Ed. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 115.

¹²⁵ JAEGER, Guilherme Pederneiras. **Lei Aplicável aos Contratos Internacionais – O Regime Jurídico Brasileiro e a Convenção do México**. 1ª Ed. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 116.

¹²⁶ JAEGER, Guilherme Pederneiras. **Lei Aplicável aos Contratos Internacionais – O Regime Jurídico Brasileiro e a Convenção do México**. 1ª Ed. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 112.

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 aplicável¹²⁷.

Salienta-se que a norma considera que o direito aplicável pode ser escolhido tanto de forma tácita, quanto de forma expressa, desde que a vontade se manifeste de forma evidente.

Jaeger apresenta significativa explanação quanto à extensão da terminologia “evidente”, ao exemplificar que “entende-se como evidente a escolha do direito brasileiro, se as partes constantemente fazem menção a dispositivos do Código Civil brasileiro”¹²⁸.

Uma questão deveras importante e que urge, desde já, ser esclarecida é a forma de aplicação da lei estrangeira. De forma muito inteligente e cuidadosa o art. 17 da Convenção Interamericana elucida que: “para fins desta convenção, entender-se-á por “direito” o vigente num Estado, com exclusão das suas normas relativas ao conflito de leis”¹²⁹.

O supracitado artigo estabelece, em outras palavras, a proibição do reenvio, ou seja, a lei escolhida terá uma aplicação material quanto suas normas e regulamentos frente ao objeto do contrato, e não a uma análise do DIPr do ordenamento jurídico onde se encontra a lei escolhida¹³⁰.

Ainda sobre a Convenção Interamericana, cabe a dizer que há em seu art. 7.1 a possibilidade de as partes estabelecerem o fracionamento da lei aplicável, fenômeno conhecido como *depeçage*. Segundo o referido artigo “essa escolha poderá referir-se à totalidade do contrato ou a uma parte do mesmo”. Segundo Jaeger: “esse fracionamento não pôde ser negado nem mesmo pelos mais unitaristas, visto que a capacidade das partes ou a forma do contrato eram eventualmente reguladas por leis diversas da que regia as questões de fundo”¹³¹.

Porém, o Brasil, apesar de ser país signatário, ainda não ratificou a Convenção, deixando-a à parte de seu ordenamento jurídico, portanto, sem qualquer eficácia. Como bem asseverado por

¹²⁷ Convenção Interamericana

¹²⁸ JAEGER, Guilherme Pederneiras. **Lei Aplicável aos Contratos Internacionais – O Regime Jurídico Brasileiro e a Convenção do México**. 1ª Ed. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 113.

¹²⁹ CONVENÇÃO INTERAMERICANA

¹³⁰ JAEGER, Guilherme Pederneiras. **Lei Aplicável aos Contratos Internacionais – O Regime Jurídico Brasileiro e a Convenção do México**. 1ª Ed. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 136.

¹³¹ JAEGER, Guilherme Pederneiras. **Lei Aplicável aos Contratos Internacionais – O Regime Jurídico Brasileiro e a Convenção do México**. 1ª Ed. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 114.

Rechsteiner, “uma escolha do direito aplicável que não respeite os limites da lei é juridicamente ineficaz, de modo que o direito aplicável será aquele consoante a vontade objetiva do legislador (...)”¹³² Eis exatamente o caso do Brasil, onde uma legislação retrógrada impede os avanços já, há muito, sinalizados por convenções e tratados internacionais.

Em verdade, essa parece ser uma característica dos países sul-americanos, pois nos países integrantes do Mercosul, com exceção da Venezuela, a saber, Argentina, Uruguai, Paraguai e Brasil, o princípio basicamente ainda não é admitido pela jurisprudência, embora na Argentina, atualmente, já pareça prevalecer a opinião contrária¹³³.

Por fim, cabe replicar ensinamento da jurista Nadia de Araujo: “a autonomia da vontade seria um instrumento de aperfeiçoamento do direito por causar a eliminação do conflito de leis, pois suas normas reguladoras emudeceriam em razão da liberdade internacional das convenções”.¹³⁴ É extremamente pertinente e correta a análise feita pela supracitada autora, porém, na prática brasileira, não há a devida eficácia dos tratados e convenções internacionais.

Como já referido no tópico anterior, não há qualquer pretensão com o presente trabalho de se defender uma aplicação indiscriminada da autonomia da vontade quanto à eleição de lei. Pressupostos mínimos devem ser levados em consideração, para que regras de conexão e competência sejam respeitadas, principalmente no que se refere ao instituto da ordem pública. Segundo Nadia de Araujo “Há uma unanimidade quanto à limitação à vontade das partes em utilizar a autonomia *contra legem*”.¹³⁵ E finaliza salientando que a lei “pode ser inaplicável em razão da ordem pública”¹³⁶.

Uma vez estudada a realidade brasileira e as hipóteses da livre eleição do direito aplicável aos contratos internacionais, cabe, agora, estudar a possibilidade ou não de as partes escolherem

¹³² RECHSTEINER, Beat Walter; **Direito Internacional Privado – Teoria e Prática**. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 183.

¹³³ RECHSTEINER, Beat Walter; **Direito Internacional Privado – Teoria e Prática**. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 185.

¹³⁴ ARAÚJO, Nádia de. **Contratos Internacionais – Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais**. 4ª Ed. São Paulo: Renovar, 2009, p. 24.

¹³⁵ ARAÚJO, Nádia de. **Contratos Internacionais – Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais**. 4ª Ed. São Paulo: Renovar, 2009, p. 37.

¹³⁶ ARAÚJO, Nádia de. **Contratos Internacionais – Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais**. 4ª Ed. São Paulo: Renovar, 2009, p. 36.

uma regulamentação distinta daquelas originárias de um determinado país, situação que abre espaço para o estudo da *lex mercatoria*.

2.3.A *Lex Mercatoria* como lei aplicável aos contratos internacionais

Segundo o jurista francês Paul Lagarde a *lex mercatoria* se trata “de um dos mais formidáveis desafios já apresentados do Direito Internacional Privado”.¹³⁷ Tal constatação é válida, correta e, acima de tudo, verdadeira. A *lex mercatoria*, desde o seu surgimento, durante o período medieval, até o seu renascimento e aprimoramento no período pós-segunda guerra mundial, jamais se estabeleceu como um corpo jurídico transnacional capaz de evitar conflitos com corpos jurídicos estatais. Há, certamente, um conflito entre autonomia das partes contratantes e soberania estatal.

Strenger, defensor da *lex mercatória* como um regulamento do comércio internacional desvinculado de qualquer Estado, afirma em sua obra “Teoria Geral do Direito Internacional Privado”, que “a uniformidade de legislações como forma de aperfeiçoamento da civilização, sonho de alguns autores, é desejo verdadeiramente irrealizável”¹³⁸. Tal constatação só reforça o entendimento de que a única forma de harmonizar os regulamentos de comércio internacional é a partir de regra desvinculadas de qualquer Estado.

A dificuldade de se estabelecer um conjunto de regras absolutamente desvinculadas de qualquer ordenamento jurídico é apenas uma das problemáticas enfrentadas por aqueles que defendem a *lex mercatoria* como um direito autônomo. Outra questão complicadora se refere ao seu “processo de permanente evolução, e isso em virtude da própria estrutura do direito comercial, para o qual é inerente a tendência de constante renovação”¹³⁹. Este constante movimento da *lex* dificulta a sua unificação e um regramento unitário.

Porém, importa salientar que ao mesmo tempo em que a constante evolução se torna uma dificultadora no sentido de se estabelecer um ordenamento jurídico devidamente positivado, tal

¹³⁷ HUCK, Hermes Marcelo. **Sentença Estrangeira e Lex Mercatoria – Horizontes e Fronteiras do Comércio Internacional**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva. 1994. p. 120

¹³⁸ STRENGER, Irineu; **Teoria Geral do Direito Internacional Privado**. São Paulo: USP, 1973. p. 4.

¹³⁹ RECHSTEINER, Beat Walter; **Direito Internacional Privado – Teoria e Prática**. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 104.

característica é o grande trunfo da *lex mercatoria*, por estar constantemente em busca de ajustes necessários à implementação de um comércio internacional coeso. Essa dinâmica também é vista com bons olhos por aqueles que a defendem, pois é evidente que um Estado, em virtude de inúmeros processos burocráticos legislativos, não consegue acompanhar essa veloz evolução¹⁴⁰.

Assim, poder-se-ia dizer que, mesmo não sendo um corpo jurídico padronizado como leis estatais, ela apresenta uma grande vantagem perante aquelas, qual seja, a sua constante atualização e moldação de acordo com as necessidades comerciais internacionais. Destarte, passe-se a perceber mais um caráter relevante no sentido de se aceitar e incorporar a *lex mercatoria* aos contratos internacionais, pois, a princípio, seus regramentos estariam mais atualizados e de acordo com os anseios dos comerciantes.

Historicamente falando, segundo o autor Rodrigo Octávio Broglia Mendes “o debate doutrinário acerca da *lex mercatoria* pode ser dividido em três momentos: a *lex mercatoria* medieval (Law Merchant), a “nova *lex mercatoria*” e, para utilizar uma expressão de Fortier CC e Nottage, a “nova-nova *lex mercatoria*”¹⁴¹. Outros autores como Maristela Basso estabelecem apenas duas diferenciações, quais sejam, *lex mercatoria* e nova *lex mercatoria*¹⁴², estabelecendo entre elas o período pré e pós segunda guerra mundial, mais especificamente a partir da década de 60, com a publicação de artigo do autor Berthold Goldman, que voltará a ser alvo de estudo mais adiante.

Porém, no presente trabalho, como em diversos outros autores¹⁴³ sempre que o termo *lex mercatoria* for utilizado, se estará falando da nova *lex mercatoria*, ou nas palavras de Mendes da nova-nova *lex mercatória*, sem a necessidade de se escrever o termo “nova”, à frente.

Adentrando especificamente ao que se busca elucidar com o presente tópico, há de se salientar que uma das maiores dificuldades enfrentadas por aqueles que hoje se submetem a

¹⁴⁰ RECHSTEINER, Beat Walter; **Direito Internacional Privado – Teoria e Prática**. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 104.

¹⁴¹ MENDES, Rodrigo Octávio Broglia Mendes. **Arbitragem, lex Mercatoria e Direito Estatal – uma análise dos conflitos ortogonais no Direito Transnacional**. 1ª ed. São Paulo: Quartier Latin. 2010. p. 61.

¹⁴² BASSO, Maristela. **Curso de Direito Internacional Privado**. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 242.

¹⁴³ O jurista Beat Walter Rechsteiner não apresenta qualquer diferenciação do termo, presumindo que o leitor entenda que ao se falar em *lex mercatoria* no direito contemporâneo, se estará tratando, logicamente da nova *lex mercatoria*. In: RECHSTEINER, Beat Walter; **Direito Internacional Privado – Teoria e Prática**. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 101.

contratos internacionais é o estabelecimento da segurança jurídica, no sentido da aplicação de um direito (lei) eficaz e conseqüentemente uma sanção justa decorrente de um descumprimento contratual.

Evidente que as partes sempre terão, em maior ou menor grau, certo vínculo com o seu próprio Estado. Sabe-se, também, que a homologação de sentença estrangeira ou arbitral depende de certos requisitos que ultrapassam a autonomia da vontade das partes. Como muito bem lembrado por Mendes “esse problema não é normalmente tematizado como um conflito entre duas ordens jurídicas, mas como um conflito entre autonomia da vontade, de um lado, e direito ou interesse estatal do outro”.¹⁴⁴

A autonomia da vontade emerge na discussão da aplicação da *lex mercatoria*, pois, mais uma vez, defende-se que as partes, normalmente versadas nos negócios e transações que são consubstanciados nos contratos internacionais, estão em melhores condições para disciplinar sua relação do que o Estado ao estabelecer regras imperativas¹⁴⁵.

De qualquer sorte e visando uma harmonia entre comerciantes internacionais, há muito se fala em regras únicas de direito internacional. Regras essas, estabelecidas pelo costume do comércio. Nas palavras de Hermes Marcelo Huck, “um direito dos mercadores é alvo tão antigo quanto o próprio comércio. Traços de um sistema análogo podem ser encontrados já no ano 300 a.C., com a Lei do Mar de Rodes, adotada por gregos e romanos”.¹⁴⁶

Modernamente falando, o mesmo autor afirma que “inúmeros e notáveis são os esforços no sentido de uma padronização dos costumes comerciais internacionais”¹⁴⁷, e finaliza citando, de modo a exemplificar o esforço que se tem empenhado em tal tarefa nos últimos anos, as seguintes

¹⁴⁴ MENDES, Rodrigo Octávio Broglia Mendes. **Arbitragem, *lex Mercatoria* e Direito Estatal – uma análise dos conflitos ortogonais no Direito Transnacional**. 1ª ed. São Paulo: Quartier Latin. 2010. p. 28.

¹⁴⁵ MENDES, Rodrigo Octávio Broglia Mendes. **Arbitragem, *lex Mercatoria* e Direito Estatal – uma análise dos conflitos ortogonais no Direito Transnacional**. 1ª ed. São Paulo: Quartier Latin. 2010. p. 28.

¹⁴⁶ HUCK, Hermes Marcelo. **Sentença Estrangeira e Lex Mercatoria – Horizontes e Fronteiras do Comércio Internacional**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva. 1994. p. 108.

¹⁴⁷ HUCK, Hermes Marcelo. **Sentença Estrangeira e Lex Mercatoria – Horizontes e Fronteiras do Comércio Internacional**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva. 1994. p. 103.

entidades privadas que dedicam-se a uniformização dessa regra: UNIDROIT e a Câmara de Comércio Internacional de Paris (CCI)¹⁴⁸.

Diversos são os autores que defendem um direito comercial desvinculado de qualquer direito nacional. Segundo Huck:

o movimento doutrinário para uma nova e moderna *lex mercatoria* aparece em 1964, sob a forma de artigo publicado por Goldman, lançando as bases para um direito positivo distinto e autônomo, regulando o comércio internacional, livre das barreiras e limitações impostas pelos direitos nacionais¹⁴⁹.

Segundo Jaeger, “Goldman buscou atribuir àquelas condutas do comércio a condição de norma jurídica, dotada de autoridade e sanção, cogitando sobre a existência de um sistema jurídico, ainda que incompleto”¹⁵⁰.

Goldman, primeiramente, conceituou a *lex mercatoria* como “um conjunto de princípios gerais e regras costumeiras aplicadas espontaneamente ou elaboradas para o comércio internacional, sem se referir a um específico sistema de direito nacional”¹⁵¹.

Outro autor que advogou a favor da *lex mercatoria* foi Philippe Kahn, “reconhecendo haver regras do comércio não emanadas de ordem estatal alguma e afirmando que tais regras comerciais surgem justamente ante a inaptidão das regras do Estado”¹⁵². Já para o jurista francês Paul Lagarde, “a *lex mercatoria* é uma fonte muito importante do direito do comércio internacional, mas não constitui uma ordem autônoma”¹⁵³.

Irineu Strenger, por seu turno, acreditava na possibilidade de se estabelecer a *lex mercatoria* como um instituto legal a reger o comércio internacional e os contratos privados. Para ele “a *lex*

¹⁴⁸ HUCK, Hermes Marcelo. **Sentença Estrangeira e Lex Mercatoria – Horizontes e Fronteiras do Comércio Internacional**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 103.

¹⁴⁹ HUCK, Hermes Marcelo. **Sentença Estrangeira e Lex Mercatoria – Horizontes e Fronteiras do Comércio Internacional**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 103.

¹⁵⁰ JAEGER, Guilherme Pederneiras. **Lei Aplicável aos Contratos Internacionais – O Regime Jurídico Brasileiro e a Convenção do México**. 1ª Ed. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 119.

¹⁵¹ HUCK, Hermes Marcelo. **Sentença Estrangeira e Lex Mercatoria – Horizontes e Fronteiras do Comércio Internacional**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 105.

¹⁵² JAEGER, Guilherme Pederneiras. **Lei Aplicável aos Contratos Internacionais – O Regime Jurídico Brasileiro e a Convenção do México**. 1ª Ed. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 119-120.

¹⁵³ JAEGER, Guilherme Pederneiras. **Lei Aplicável aos Contratos Internacionais – O Regime Jurídico Brasileiro e a Convenção do México**. 1ª Ed. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 120.

mercatória alcançará seu objetivo final, tornando-se, por imperiosa necessidade dos fatos, uma ordem jurídica perfeita e acabada, a partir de seus próprios sistemas”¹⁵⁴.

Lando, por sua vez, descreveu a *lex mercatoria* como “regras de direito que são comuns a todos ou à maioria dos Estados envolvidos no comércio internacional ou para aqueles Estados envolvidos numa pendência comercial”¹⁵⁵.

Mendes, ao tratar dos conceitos e dos fundamentos de validade da *lex mercatoria*, afirma que “a ideia, portanto, era a de que a *lex mercatoria* seria mais adequada para ser aplicada nesses conflitos, pois decorria de princípios gerais e costumes voltados aos negócios transnacionais e, ainda, era “neutra” em relação aos Estados”¹⁵⁶.

Tal concepção, neutralidade da *lex mercatoria* em relação a ordenamentos jurídicos estatais, foi e continua sendo a ideal para aqueles que a defendem como um corpo jurídico independente. Porém, por mais que a *lex mercatoria* seja reconhecida como um direito aplicável aos contratos interfronteiriços, há certamente a necessidade do reconhecimento de tal norma pelos Estados soberanos onde a sanção será aplicada, o que é certamente algo polêmico e gerador de opiniões não consensuais. Como muito bem exposto por Cristoph Stoecker, seria necessário que o Estado realizasse uma “concessão de sua Soberania em favor das mãos invisíveis de uma inconstante comunidade de comerciantes, que faz a lei de acordo com suas conveniências e necessidades”¹⁵⁷.

Nessa mesma linha crítica à utilização completamente autônoma da *lex mercatoria* Mendes afirma que “do ponto de vista teórico, e também dogmático, a crítica que se pode levantar diz respeito à falta de um critério operacional para a determinação empírica do uso continuado do costume”¹⁵⁸. Para Rechsteiner “existe uma distância enorme entre a realidade e o ideal de um

¹⁵⁴ STRENGER, Irineu. **Direito do Comércio internacional e a *lex mercatória***. 1ª ed. São Paulo: LTr, 1996. p. 222.

¹⁵⁵ HUCK, Hermes Marcelo. **Sentença Estrangeira e Lex Mercatoria – Horizontes e Fronteiras do Comércio Internacional**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva. 1994. p. 105.

¹⁵⁶ MENDES, Rodrigo Octávio Broglia Mendes. **Arbitragem, *lex Mercatoria* e Direito Estatal – uma análise dos conflitos ortogonais no Direito Transnacional**. 1ª ed. São Paulo: Quartier Latin. 2010. p. 63.

¹⁵⁷ HUCK, Hermes Marcelo. **Sentença Estrangeira e Lex Mercatoria – Horizontes e Fronteiras do Comércio Internacional**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva. 1994. p. 109.

¹⁵⁸ MENDES, Rodrigo Octávio Broglia Mendes. **Arbitragem, *lex Mercatoria* e Direito Estatal – uma análise dos conflitos ortogonais no Direito Transnacional**. 1ª ed. São Paulo: Quartier Latin. 2010. p. 64.

comércio internacional livre de empecilhos estatais; a *Lex Mercatoria*, como disciplina autônoma do comércio internacional, ainda está numa fase inicial”¹⁵⁹.

Como referido anteriormente, de modo a sustentar e prover maior embasamento jurídico a *lex mercatoria* passou-se a elaborar listas e, posteriormente, consolidações dessas regras como os Princípios do UNCITRAL, UNIDROIT¹⁶⁰, que estão em constante desenvolvimento em busca de resultados mais sólidos e compatíveis com as ânsias dos comerciantes internacionais. Segundo Rechsteiner “ambas entidades exercem função central no processo de evolução das regras e práticas uniformes do comércio internacional”¹⁶¹.

Porém, apesar de não ser parte integrante ou haver qualquer menção quanto a sua incorporação a um determinado ordenamento jurídico, a citada *lex* já foi aceita como lei aplicável pela Suprema Corte da Áustria, pela Corte de Cassação Francesa e pela London Court of Appeals¹⁶². Percebe-se, então, que mesmo com inúmeras críticas que possam ser feitas à *lex mercatoria*, tanto por questões relacionadas à falta de regramentos, quanto por questões de soberania, ela é sim um corpo jurídico e apresenta inúmeras soluções plausíveis para o comércio internacional.

É evidente que há um choque de Soberania em casos em que a *lex mercatoria* foi eleita como direito aplicável ao contrato, se tratando, por óbvio, de situações onde foi consentido às partes a escolha da lei. Sabe-se, entretanto, que como qualquer outro corpo legislativo, a *lex mercatoria* também provém dos costumes, que por sua vez é uma das principais fontes do direito. Em verdade, a *lex mercatoria* é apenas um dentre tantos outros regimes transnacionais como a OMC, o corpo normativo que disciplina os investimentos internacionais e o corpo jurídico aplicável aos esportes (*lex sportiva*)¹⁶³.

¹⁵⁹ RECHSTEINER, Beat Walter; **Direito Internacional Privado – Teoria e Prática**. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 105.

¹⁶⁰ MENDES, Rodrigo Octávio Broglia Mendes. **Arbitragem, *lex Mercatoria* e Direito Estatal – uma análise dos conflitos ortogonais no Direito Transnacional**. 1ª ed. São Paulo: Quartier Latin. 2010. p. 67

¹⁶¹ RECHSTEINER, Beat Walter; **Direito Internacional Privado – Teoria e Prática**. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 107.

¹⁶² HUCK, Hermes Marcelo. **Sentença Estrangeira e *Lex Mercatoria* – Horizontes e Fronteiras do Comércio Internacional**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva. 1994. p. 108.

¹⁶³ MENDES, Rodrigo Octávio Broglia Mendes. **Arbitragem, *lex Mercatoria* e Direito Estatal – uma análise dos conflitos ortogonais no Direito Transnacional**. 1ª ed. São Paulo: Quartier Latin. 2010. p. 27.

Como referido anteriormente, assim como os demais regimes transnacionais, ela é constantemente estudada e aprimorada por entidades como UNIDROIT, UNICITRAL e CCI, e por regulamentações como INCOTERMS¹⁶⁴, CIDIPS e as Convenções de Haia e tratados internacionais como a Convenção do México e o Tratado de Roma.

Tendo em vista a ampla discussão do tema e a sua aceitação perante a classe dos comerciantes não haveria o porquê de não aceitá-la como um direito válido e aplicável aos contratos internacionais, podendo o seu cabimento ser estruturado dentro dos mesmos limites estabelecidos para as homologações de sentença, quais sejam a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.¹⁶⁵

Ainda, mais relevante do que a aceitação entre os comerciantes, que se submeteriam a *lex mercatoria*, é a sua ampla incidência em Convenções e Tratados internacionais demonstrando que, modernamente, muito se tem tratado sobre a ampla aceitação da *lex* como um direito supranacional plenamente apto a reger as relações contratuais entre estrangeiros. No caso brasileiro será demonstrado a seguir que a Convenção de México (Convenção Interamericana Sobre Lei Aplicável aos Contratos Internacionais) prevê o seu cabimento, comprovando, mais uma vez, seu caráter moderno.

Outra demonstração de sua amplitude é o seu cabimento como lei aplicável aos tribunais arbitrais¹⁶⁶, ou seja, a todos aqueles contratos internacionais em que as partes elegeram o tribunal arbitral como apto a dirimir qualquer litígio, as prerrogativas da *lex mercatoria* podem ser amplamente aplicáveis, como ocorrido na Câmara de Comércio Internacional de Paris.¹⁶⁷

O mesmo ocorre no Brasil, a partir da interpretação do art. 2º, parágrafo 2º, da lei de arbitragem brasileira 9307/96, que regulamenta o seguinte:

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

¹⁶⁴ RECHSTEINER, Beat Walter; **Direito Internacional Privado – Teoria e Prática**. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 102.

¹⁶⁵ RECHSTEINER, Beat Walter; **Direito Internacional Privado – Teoria e Prática**. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 134.

¹⁶⁶ BASSO, Maristela. **Curso de Direito Internacional Privado**. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 251.

¹⁶⁷ HUCK, Hermes Marcelo. **Sentença Estrangeira e Lex Mercatoria – Horizontes e Fronteiras do Comércio Internacional**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva. 1994. p. 112.

§ 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.¹⁶⁸

§ 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.

De acordo com o parágrafo 2º, as partes poderão convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras gerais internacionais de comércio. Todas essas expressões, utilizadas pelo legislador no parágrafo 2º, se resumem a uma única regra: *lex mercatoria*.

Como já demonstrado, a partir do estudo do presente tema, percebe-se que há algumas críticas em relação à *lex mercatoria*, em virtude da sua falta de vínculo com qualquer ordenamento jurídico. Autores que defendem o cabimento da *lex* argumentam que nem todos os ordenamentos jurídicos apresentam regras boas suficientes para dirimirem de forma satisfatória conflitos internacionais. Sobre isto, críticos como o autor Delaume afirmam que “hoje, a moderna legislação dos países do terceiro mundo é perfeitamente capaz de prover a maioria dos contratos com o Estado com uma estrutura legal sofisticada”¹⁶⁹.

De forma alguma pretende-se estabelecer qual Estado tem o melhor ou mais eficaz regulamento de DIPr. O que se pretende com o presente trabalho é o fomento e conseqüentemente maior abrangência do conceito de autonomia da vontade na eleição de lei. Seria muita pretensão afirmar que um Estado apresenta um melhor regramento do que outro para situações de comércio internacional, tendo em vista os inúmeros objetos que podem ser alvo de contratos internacionais. Acredita-se que cabe única e exclusivamente às partes a escolha da lei, de modo que, caso nenhuma lei estatal venha a suprir suas necessidades como contratantes, lhes seja possibilitado o uso da *lex mercatoria*.

Um excelente exemplo referente à aplicação da *lex* está descrito na obra de Huck. Segundo o autor, no ano de 1981, o Tribunal de Grande Instância de Paris se deparou com o seguinte caso: Tratava-se de um contrato de agência celebrado entre um agente austríaco e um proponente egípcio. Por esse contrato, o agente intermediaria negócios para o egípcio em quatro países e, em

¹⁶⁸ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acessado em 22/06/2014.

¹⁶⁹ HUCK, Hermes Marcelo. **Sentença Estrangeira e Lex Mercatoria – Horizontes e Fronteiras do Comércio Internacional**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva. 1994. p. 110.

contrapartida, receberia comissão de 5,5% do valor de cada contrato. Em determinado momento, o egípcio celebrou um contrato com um dos países cobertos pelo contrato de agência (“Estado X”). Como sinal, o Estado X pagou ao egípcio 7,5% do valor total acordado. Posteriormente, contudo, o contrato foi anulado sem que nenhum outro pagamento tenha sido feito e, tampouco, a quantia paga restituída. A disputa surgiu quando o egípcio não pagou ao austríaco a comissão sobre a importância que recebeu do Estado X, sob o argumento de que nada era devido, em razão da anulação do contrato com o referido Estado.

Segundo o jurista Huck, o Tribunal decidiu “à vista do caráter internacional do contrato, abandonar todas as referências que o vinculassem a uma legislação específica, fosse turca ou francesa, e aplicar a *lex mercatoria* internacional”¹⁷⁰.

Sobre este mesmo caso, reitera o autor Mendes que “os árbitros decidiram que, no caso, seria mais apropriado referir-se a um corpo de regras do comércio internacional que tem sido desenvolvido pela prática e afirmado pelas cortes nacionais (*lex mercatoria*)”¹⁷¹. Também foi aplicada ao presente caso a regra *venire contra factum proprium*, como uma regra da *lex mercatoria*.

Em relação a regras ou princípios gerais atinentes à *lex mercatoria*, caberia elencar os princípios da boa-fé e do *pacta sunt servanda*, “aplicáveis a qualquer contrato internacional de comércio, e consolidados pela jurisprudência dos tribunais arbitrais do comércio internacional”¹⁷².

Por mais que se defenda a *lex mercatoria* como um direito aplicável aos contratos internacionais, cabe salientar que até mesmo um dos maiores defensores da referida *lex* abdicou, mais tarde, do conceito irrestrito que dava ao tema. Berthold Goldman um dos expoentes da teoria da supranacionalidade do DIPr, optou, mais tarde, por abrandar sua concepção sobre o tema, ao afirmar que a “*lex mercatoria* é um conjunto de princípios gerais e regras costumeiras, referidas

¹⁷⁰ HUCK, Hermes Marcelo. **Sentença Estrangeira e Lex Mercatoria – Horizontes e Fronteiras do Comércio Internacional**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva. 1994. p. 112.

¹⁷¹ MENDES, Rodrigo Octávio Broglia Mendes. **Arbitragem, lex Mercatoria e Direito Estatal – uma análise dos conflitos ortogonais no Direito Transnacional**. 1ª ed. São Paulo: Quartier Latin. 2010. p. 37.

¹⁷² RECHSTEINER, Beat Walter; **Direito Internacional Privado – Teoria e Prática**. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 104.

espontaneamente ou criadas dentro da estrutura do comércio internacional, sem referência a um sistema jurídico nacional em particular”.¹⁷³

Percebe-se, a partir desta nova conceituação, que Goldman não mais compartilha do entendimento de que a *lex mercatoria* é um corpo de lei supranacional dotado de ampla validade. Não obstante, a opinião de Fouchard sempre foi no sentido de conceituá-la como um sistema de normas nascido da coesão de regras de caráter profissional ou associativo adotadas pelos comerciantes na ordem internacional¹⁷⁴.

Outros autores também criticam a *lex mercatoria* como um instituto autônomo. Paul Lagarde “não lhe admite a condição de ordem jurídica por lhe faltar organização suficiente e coesão social à sociedade dos comerciantes de onde se origina”.¹⁷⁵ Outro autor que enxerga falhas na *lex* é o francês Phillipe Kahn ao reconhecer ser necessário que os operadores do mercado internacional constituam um meio suficientemente homogêneo para que a solidariedade profissional se faça sentir e para que fiquem claras as necessidades jurídicas coerentes e adequadas¹⁷⁶.

Rechsteiner, em sua obra sobre DIPr, também se mostra contrário ao entendimento da *lex mercatoria* como um ordenamento autônomo ao asseverar que

a lex mercatoria não pode existir totalmente desvinculada do regime jurídico estatal (...). Ela está ligada, necessariamente e sempre, ao ordenamento jurídico de um determinado Estado que tutela os interesses de toda a coletividade, e não só ao dos integrantes de um grupo, tais como os agentes do comércio internacional¹⁷⁷.

Percebe-se que o interesse em se estabelecer um regramento de comércio supranacional é alvo de inúmeros estudos acadêmicos e doutrinários, que infelizmente não refletem a realidade. Como muito bem assevera Huck,

Não se pode confundir essa tendência, esse desejo manifesto num sem-número de artigos e trabalhos doutrinários, com a efetiva existência desse sistema denominado *lex*

¹⁷³ HUCK, Hermes Marcelo. **Sentença Estrangeira e Lex Mercatoria – Horizontes e Fronteiras do Comércio Internacional**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva. 1994. p. 114

¹⁷⁴ HUCK, Hermes Marcelo. **Sentença Estrangeira e Lex Mercatoria – Horizontes e Fronteiras do Comércio Internacional**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva. 1994. p. 114.

¹⁷⁵ HUCK, Hermes Marcelo. **Sentença Estrangeira e Lex Mercatoria – Horizontes e Fronteiras do Comércio Internacional**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva. 1994. p. 117.

¹⁷⁶ HUCK, Hermes Marcelo. **Sentença Estrangeira e Lex Mercatoria – Horizontes e Fronteiras do Comércio Internacional**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva. 1994. p. 117.

¹⁷⁷ RECHSTEINER, Beat Walter; **Direito Internacional Privado – Teoria e Prática**. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 104.

mercatoria, sob pena de transformar o estudo do direito internacional do comércio num exercício de vontades e desejos, afastada da realidade comercial, sua base fundamental¹⁷⁸.

A par de tantas dificuldades inerentes ao tema, muitos autores seguem a busca do aprimoramento e consequente efetivação da *lex mercatoria*, pois como muito bem dito por Huck “A adoção generalizada de uma *lex mercatoria* representará a consagração absoluta da lei do mercado, despida de qualquer preocupação ou restrição de caráter jurídico nacional, ou principalmente político”¹⁷⁹

No caso brasileiro, dificilmente se encontrará uma saída para a utilização da *lex mercatória* como um ordenamento jurídico autônomo, porém há espaços para sua utilização de forma subsidiária, como será demonstrado a seguir.

O Brasil é um dos países signatários da Convenção do México, porém jamais a ratificou e consequentemente não enquadrou tal Convenção ao seu ordenamento jurídico. A princípio, a Convenção do México é a que mais se aproxima do que seria uma futura realidade brasileira referente aos regramentos do comércio internacional. Por esta razão, entende-se pertinente uma breve análise sobre como o tema da *lex mercatoria* foi abordado e regado pela Convenção.

Segundo o Professor Friedrich K. Juenger, chefe da delegação dos EUA na Conferência do México:

O art. 9(2), segunda fase, esclarece que as partes estão livres para escolherem os princípios gerais do direito internacional do comércio, escolha essa que a Convenção de Roma falhou em deixar de permitir. As partes contratantes certamente estarão melhor asseguradas se os direitos e as obrigações contratuais forem reguladas por uma legislação moderna e bem-pensada e que seja sensível às práticas e necessidades comerciais, a uma lei nacional que não se adegue(!) aos padrões internacionais, seja ultrapassada e injusta¹⁸⁰.

Note-se que da mesma forma salientada nos parágrafos anteriores, o chefe da delegação dos EUA chama a atenção para o fato de a *lex mercatoria* ser um corpo normativo moderno e em constante aprimoramento, diferentemente de leis nacionais ultrapassadas e que, consequentemente, podem vir a ser injustas.

¹⁷⁸ HUCK, Hermes Marcelo. **Sentença Estrangeira e Lex Mercatoria – Horizontes e Fronteiras do Comércio Internacional**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva. 1994. p. 118.

¹⁷⁹ HUCK, Hermes Marcelo. **Sentença Estrangeira e Lex Mercatoria – Horizontes e Fronteiras do Comércio Internacional**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva. 1994. p. 120.

¹⁸⁰ JAEGER, Guilherme Pederneiras. **Lei Aplicável aos Contratos Internacionais – O Regime Jurídico Brasileiro e a Convenção do México**. 1ª Ed. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 117.

Nadia de Araujo, por seu turno, é contrária à posição do chefe da delegação americana, afirmando que,

do que se lê da convenção cremos que a expressão “direito” quer dizer um ordenamento jurídico próprio e não alcança a *lex mercatoria* e os princípios do Unidroit, ambos inadequados para tratarem de todos os aspectos de um contrato. Assim o fazemos também em virtude do disposto no art. 17, no qual se define como direito o vigente em um estado, com exclusão de suas normas relativas ao conflito de leis¹⁸¹.

Jaeger, ao tratar do tema, afirma que a *lex mercatoria* “ainda não pode ser concebida como uma ordem jurídica autônoma capaz e enquadrar-se na acepção da palavra “direito”, constante na Convenção do México”.¹⁸² E finaliza argumentando que

(...) o debate sobre esse assunto não é recente, nem pouco conhecido. Se realmente houvesse a intenção de permitir a escolha da *lex mercatoria* pelos contratantes, os redatores do texto convencional o teriam feito de maneira expressa¹⁸³.

Porém, o mesmo autor afirma mais tarde que “as partes podem estipular a *lex mercatoria* não como um corpo de direito a ser aplicado ao contrato, mas sim de forma subsidiária, quando, aos olhos do juiz, a decisão de acordo com a lei escolhida poderá suscitar alguma injustiça”¹⁸⁴.

Rechsteiner entende o tema da mesma forma que o autor supracitado. Para ele, apesar de as partes não poderem eleger a *lex mercatoria* como a única lei aplicável ao contrato, “as partes têm a faculdade de estipular cláusulas contratuais decorrentes da *lex mercatoria*, vinculando-as de imediato, na medida em que o direito aplicável permita levar em consideração as suas regras jurídicas”¹⁸⁵. Percebe-se que assim como Jaeger, Rechsteiner defende o uso subsidiário da *lex mercatoria* para dirimir questões em aberto ou de cláusulas específicas, mas não como um corpo jurídico autônomo.

¹⁸¹ JAEGER, Guilherme Pederneiras. **Lei Aplicável aos Contratos Internacionais – O Regime Jurídico Brasileiro e a Convenção do México**. 1ª Ed. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 118.

¹⁸² JAEGER, Guilherme Pederneiras. **Lei Aplicável aos Contratos Internacionais – O Regime Jurídico Brasileiro e a Convenção do México**. 1ª Ed. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 121.

¹⁸³ JAEGER, Guilherme Pederneiras. **Lei Aplicável aos Contratos Internacionais – O Regime Jurídico Brasileiro e a Convenção do México**. 1ª Ed. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 121.

¹⁸⁴ JAEGER, Guilherme Pederneiras. **Lei Aplicável aos Contratos Internacionais – O Regime Jurídico Brasileiro e a Convenção do México**. 1ª Ed. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 124.

¹⁸⁵ RECHSTEINER, Beat Walter; **Direito Internacional Privado – Teoria e Prática**. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 112.

Destarte não se pode dizer que a *lex mercatoria* foi complementemente rechaçada pela Convenção do México, pois os arts. 9.2 e 10, consideram, respectivamente, a sua utilização da seguinte maneira:

Art. 9.2. “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”.

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

Ao utilizar-se os termos “princípios gerais do direito comercial internacional aceitos por organismos internacionais”, “costumes e princípios do direito comercial internacional”, e “os usos e práticas comerciais de aceitação geral”, se está, logicamente, falando de regramentos como a *lex mercatoria*, que não é outra coisa senão os princípios, os costumes e as práticas comerciais de aceitação geral.

Sobre o art. 9.2, Jaeger assevera que,

o texto aprovado determina que, para identificar o Estado com o qual o contrato mantém os vínculos mais estreitos, o juiz deve considerar os elementos objetivos e subjetivos. E mais deve-se levar em consideração em conta também a *lex mercatoria*¹⁸⁶.

Quando se afirma que há espaço para a *lex mercatória* no direito brasileiro, volta-se também os olhos para o enunciado do art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que prescreve “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”. Também a Resolução nº 21, de 07, de abril de 2011, da Secretaria de Comércio Exterior, que consolida as disposições regulamentares das operações de exportação, expressamente reconhece, no art. 1, a utilização dos *Incoterms*.

Art. 1º Nas exportações e importações brasileiras, serão aceitas quaisquer condições de vendas praticadas no comércio internacional, desde que compatíveis com o ordenamento jurídico nacional¹⁸⁷

¹⁸⁶ JAEGER, Guilherme Pederneiras. **Lei Aplicável aos Contratos Internacionais – O Regime Jurídico Brasileiro e a Convenção do México**. 1ª Ed. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 121.

¹⁸⁷ Disponível em: http://www.mdic.gov.br/arquivos/dwnl_1311715093.pdf Acessado em: 20.06.2014

O procedimento de arbitragem no Brasil, Lei 9.307 de 23.09.1996, permite que as partes convençionem que “a arbitragem se realize com base nos princípios gerais do direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais do comércio”.

A reiterada inclusão de termos como Incoterms, costumes e princípios gerais do direito, que são exatamente parte integrante da *lex mercatória*, levam a entender a sua aplicabilidade. Destarte e se utilizando das palavras de Jaeger, “deve-se ter bem claro que a noção de que o Brasil está afastado da *lex mercatoria* é extremamente ultrapassada e equívoca”¹⁸⁸ e o mesmo autor reitera que “no Brasil, se pode fazer uso, sim, da *lex mercatoria* (...)”.¹⁸⁹

Dessa forma, conclui-se que há, sim, espaço para a *lex mercatoria* no direito brasileiro. Não da forma como muitos autores vislumbram, como um ordenamento jurídico supranacional, com fim em si mesmo, capaz de ser o único regramento aplicável a um contrato internacional, mas sim de maneira subsidiária, de modo a auxiliar o julgador na tomada de uma decisão justa e eficaz.

¹⁸⁸ JAEGER, Guilherme Pederneiras. **Lei Aplicável aos Contratos Internacionais – O Regime Jurídico Brasileiro e a Convenção do México**. 1ª Ed. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 165.

¹⁸⁹ JAEGER, Guilherme Pederneiras. **Lei Aplicável aos Contratos Internacionais – O Regime Jurídico Brasileiro e a Convenção do México**. 1ª Ed. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 164.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho se propôs a analisar a evolução da autonomia da vontade, tanto filosoficamente quanto juridicamente, a fim de estabelecer relações deste princípio contratual com o DIPr, notadamente quanto à possibilidade de eleição de lei entre as partes contratantes. Constatou-se, de pronto, que o termo vem sofrendo significativas alterações, tanto no campo da Filosofia quanto no do direito.

Tais reinterpretações surtem inúmeros debates acerca do tema, chegando-se à conclusão de que não há um consenso doutrinário quanto à livre disponibilidade das partes de clausular a lei aplicável aos contratos interestatais.

Filosoficamente, se demonstrou que a autonomia é parte integrante das liberdades individuais e conseqüentemente do Estado Democrático de Direito. É na autonomia que se encontra a ideia de autodeterminação e liberdade, seja a partir dos ideais kantianos ou de Habermas. O choque entre o paradigma da subjetividade (Kant) vs. o paradigma do diálogo (Habermas), demonstra um contraponto interessantíssimo quanto ao alcance das liberdades individuais, porém ambos concordam que a autonomia da vontade deve ser respeitada em todos os níveis, no limite do possível. Nas palavras de Habermas “uma pessoa só será livre, quando todas as demais também o forem”.¹⁹⁰

Juridicamente, o debate foi ampliado e a discussão buscou soluções para o livre exercício da autonomia nos contratos internacionais. A partir de um estudo histórico, apresentou-se a evolução do princípio da autonomia da vontade, concluindo-se que em alguns aspectos, principalmente quando relacionado com outros princípios contratuais, ele passou a se deparar com certas restrições. Restou claro, que no âmbito nacional, ou seja, sem se levar em consideração o comércio internacional e relações interestatais, a autonomia da vontade não mais desempenha seu papel dominante, nos moldes em que o fazia no século XIX, como por exemplo, no período de redação do Código Civil francês.

¹⁹⁰ ¹⁹⁰ HABERMAS, Jürgen. **A Ética da Discussão e a Questão da Verdade**. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 13.

Porém, internacionalmente falando, o que era o grande objetivo do presente trabalho, o princípio da autonomia passa por um processo praticamente contrário àquele ocorrente em âmbito nacional, ou seja, de cada vez maior abrangência e eficácia, respeitando, obviamente, princípios como bons costumes e ordem pública. Há um grande avanço no sentido de se respeitar a vontade das partes, basta lembrar a Convenção de Roma I e as CIDIPs. Portanto, nos contratos nacionais muito se fala em solidariedade contratual e na função social do contrato, inclusive alterando-se a denominação para autonomia privada e não mais da vontade. Já nos contratos internacionais cada vez mais se discute a possibilidade de as partes livremente escolherem a lei a ser aplicada ao contrato, de maneira a se respeitar a sua autonomia da vontade.

No âmbito do DIPr, no Brasil, muito ainda se precisa evoluir. Como restou amplamente demonstrado, não há qualquer caminho que possibilite ao contratante brasileiro eleger de forma autônoma a lei aplicável. Enquanto a LINDB não for alterada, ou a Convenção do México devidamente ratificada não há, infelizmente, qualquer possibilidade do exercício da autonomia da vontade.

Alguns doutrinadores tentaram e outros ainda tentam utilizar-se do reenvio como um argumento para a livre eleição de lei, o que, no presente trabalho, demonstrou-se ser uma prática ilegal, frente às normas brasileiras pertinentes ao tema.

Por fim, buscou-se estudar a *lex mercatoria* como um regramento cabível aos contratos internacionais. Tal tema foi analisado em virtude da desde sempre debatida possibilidade de um direito internacional privado desvinculado de qualquer direito estatal.

Demonstrou-se que, desde as origens do assim conhecido Direito Internacional Privado, estudiosos tratam de um direito comum a todos os comerciantes, sem a necessidade de se vincular a um determinado Estado, o que, para os defensores da tese, acabaria com os conflitos de leis no espaço, criando um regramento padrão a todos contratantes.

Nesse íterim, restou, também, comprovada a falta de consenso doutrinário, pois enquanto alguns autores entendem que a *lex mercatoria* pode ser utilizada como um sistema autônomo, outros acreditam apenas na possibilidade de sua utilização de forma subsidiária.

No entender do presente trabalho, sobre tudo aquilo que foi exposto e debatido, acredita-se que o Brasil se encontra em um estado retrógrado em relação a outros países e blocos econômicos. A eleição de lei há muito tem sido defendida, respeitada e aplicada por outras nações. O próprio Brasil assinou a Convenção do México, na qual está clara a aceitação da eleição de foro, porém, por motivos que ultrapassam o conhecimento da presente monografia, não se sabe o porquê de nunca ter sido ratificada.

Apesar da estagnação legislativa, restou uma grande satisfação ao perceber que o tema tem sido abordado por diversos estudiosos, sendo a grande maioria deles amplamente favoráveis à livre eleição de lei. Ao menos doutrinariamente, não se pode dizer que o Brasil encontra-se em um estado retrógrado, no que respeita à aplicação do Princípio da Autonomia das Vontades, no âmbito dos contratos internacionais, o que, certamente, é uma excelente constatação, pois a partir da academia pode-se esperar a construção de um futuro mais promissor para o DIPr brasileiro.

Por fim, como dito por Strenger, “a vontade jurídica deve ser livre e ao mesmo tempo conformar-se com o direito.”¹⁹¹ Portanto, não há de se estabelecer um conflito entre público e privado, há de se buscar uma solução conjunta, pois um é ser no outro, o reflexo de sua própria procura.

¹⁹¹ STRENGER, Irineu; **Teoria Geral do Direito Internacional Privado**. São Paulo: USP, 1973. p. 3.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Nádía de. **Contratos Internacionais – Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais**. 4ª Ed. São Paulo: Renovar, 2009.
- ARAÚJO, Nádía de. **Direito Internacional Privado – Teoria e Prática Brasileira** -. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- BASSO, Maristela. **Curso de Direito Internacional Privado**. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- BURG, Wibren van der. Law and Bioethics. In: Singer, Peter; Helga, Kuhse (Orgs.). **A Companion to Bioethics**. Tradução Livre. Oxford: Blackwell Publishers Ltd. 1988.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e Competência**. 18ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CONVENÇÃO INTERAMERICANA
- FILHO, Napoleão Casado; FINKELSTEIN, Cláudio; VITA, Jonathan B. (coords). **Arbitragem Internacional, UNIDROIT, CISG e Direito Brasileiro**. 1ª Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- FREITAS, Juarez. **As Grandes Linhas da Filosofia do Direito**. 2ª edição. Caxias do Sul: EDUCS, 1986.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil – Vol. IV**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- GONÇALVEZ, Carlos Roberto. **Direito Civil – III**. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- HABERMAS, Jürgen. **Teoria do Agir Comunicativo**. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- HABERMAS, Jürgen. **A Ética da Discussão e a Questão da Verdade**. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- HÖFFE, Otfried Et al. **Gentechnik und Menschenwürde**. Tradução Livre. Köln: Dumont, 2002.
- HUCK, Hermes Marcelo. **Sentença Estrangeira e Lex Mercatoria – Horizontes e Fronteiras do Comércio Internacional**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva. 1994.
- INGRAM, David. **Filosofia do Direito**. 1ª edição. São Paulo: Artmed, 2010.
- JAEGER, Guilherme Pederneiras. **Lei Aplicável aos Contratos Internacionais – O Regime Jurídico Brasileiro e a Convenção do México**. 1ª Ed. Curitiba: Juruá Editora, 2006.
- KANT, Immanuel. **Fundamentos da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, 2009.
- LÔBO, Paulo. **Direito Civil – Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das Fontes – do conflito à coordenação de normas no direito brasileiro-**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES, Claudia Lima (Org.). **A Nova Crise do Contrato: Estudos sobre a Nova Teoria Contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MENDES, Rodrigo Octávio Broglia Mendes. **Arbitragem, *lex Mercatoria* e Direito Estatal – uma análise dos conflitos ortogonais no Direito Transnacional**. 1ª ed. São Paulo: Quartier Latin. 2010.

RAWLS, John. **História da Filosofia Moral**. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 11ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

RECHSTEINER, Beat Walter; **Direito Internacional Privado – Teoria e Prática**. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SAMTLEBEN, Jürgen. **Teixeira de Freitas e a Autonomia das Partes no Direito Internacional Privado Latino-Americano**. Disponível em:
<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67015/69625>. Acessado em 10.05.2014.

STRENGER, Irineu. **Da Autonomia da Vontade**. 2ª Ed. São Paulo: LTr, 2000.

STRENGER, Irineu. **Contratos Internacionais do Comércio**. 1ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

STRENGER, Irineu. **Curso de Direito Internacional Privado**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

STRENGER, Irineu. **Teoria Geral do Direito Internacional Privado**. São Paulo: USP, 1973.

TENÓRIO, Oscar. **Direito Internacional Privado. Vol 1**. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 1968.

TENÓRIO, Oscar. **Direito Internacional Privado. Vol 2**. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 1968.

USTARROZ, Daniel. **Direito dos Contratos – Temas atuais**. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

VALLADÃO, Haroldo. **Direito Internacional Privado**. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Biblioteca Universitária Freitas Bastos, 1973.

VENOSA, Sílvio de Salvo; **Direito Civil – II**. 8ª Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

WEBER, Thadeu. Autonomia e Dignidade da Pessoa Humana em Kant. **Revista de Direitos Fundamentais & Justiça**, Porto Alegre, n. 9, p. 232-259, out/dez. 2009.