

AUTONOMIA DA VONTADE NOS CONTRATOS INTERNACIONAIS: A LICC, A CONVENÇÃO DO MÉXICO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA

*Mateus Soares de Oliveira**
*Mário Lúcio Quintão Soares***

SUMÁRIO: *Introdução; 1 Das Normas de Direito Internacional Privado; 2 As regras de conexão diante das obrigações contratuais internacionais- Art. 9º LICC; 3 O Princípio da Autonomia da Vontade na escolha da Lei aplicável aos contratos internacionais; 4 Da Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais de 1994; 5 Considerações Finais; Referências.*

RESUMO: A intenção do texto foi tratar do princípio da autonomia da vontade nos contratos internacionais, expondo os pontos positivos e negativos de sua não utilização pela Lei de Introdução ao Código Civil. Por outro lado, diante do texto da Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais de 1994 que adota tal princípio, questionou-se o porquê da indiferença do Congresso Nacional em relação a presente temática. Neste contexto, este artigo destaca ainda os efeitos imediatos de sua ratificação perante o ordenamento jurídico brasileiro numa perspectiva presente num dos princípios básicos da nossa Carta Constitucional, vale dizer, o desenvolvimento nacional previsto no art. 3º do Texto Constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Autonomia da Vontade; Lei de Introdução ao Código Civil; Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais de 1994; Constituição Federal.

AUTONOMY OF WILL IN INTERNATIONAL CONTRACTS: THE LICC, THE CONVENTION OF

* Mestrando em Direito Internacional pela Pontifícia Universidade Católica - PUC-MINAS; Especialista em Direito e Negócios Internacionais pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC; Advogado. E-mail: mateus.28@hotmail.com

** Doutor e Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG; Docente de Direito Comunitário e Teoria Geral do Estado do curso de Mestrado e de Tópicos Avançados em Direito Internacional no Doutorado da Pontifícia Universidade Católica - PUC-MINAS; Advogado; Conselheiro federal da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB/MG.

MEXICO AND THE BRAZILIAN FEDERAL CONSTITUTION

ABSTRACT: This text aims at discussing about the principle of autonomy of will in international contracts, exposing the positive and negative aspects of its non-utilization by the Law of Introduction to the Civil Code. On the other hand, facing the Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts of 1994 that accept such principle, it was questioned the reason of indifference given by the National Congress about the present theme. In this context, this paper also emphasizes the immediate effects of its ratification standing the Brazilian legal code founded in one of the basic principles of our Constitution, like the national development predicted on its 3rd article.

KEYWORDS: Autonomy of will; Law of Introduction to the Civil Code; Inter-American Convention on the Law applicable to International Contracts of 1994; Federal Constitution.

AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD EN LOS CONTRACTOS INTERNACIONALES: LA LICC, LA CONVENCIÓN DE MÉXICO Y LA CONSTITUCIÓN FEDERAL BRASILEÑA

RESUMEN: El texto tiene como objetivo tratar del principio de autonomía de la voluntad en los contratos internacionales, exponiendo los puntos positivos y negativos de suya no utilización por la ley de Introducción del código civil. Por otro lado, frente al texto de la convención Interamericana sobre derecho Aplicable a los Contratos Internacionales de 1994 que adopta tal principio, se cuestionó lo porqué de la indiferencia del Congreso Nacional en relación al presente tema. En este contexto, este artículo destaca aún los efectos inmediatos de su ratificación delante del ordenamiento jurídico brasileño en una perspectiva presente en uno de los principios básicos de nuestra Carta Constitucional, a decir, el desarrollo nacional previsto en el art. 3° del texto Constitucional.

PALABRAS-CLAVE: Autonomía de la Voluntad; Ley de Introducción al código Civil; Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos Internacionales de 1994; Constitución Federal.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo analisar o princípio da Autonomia da Vontade nos Contratos Internacionais. Para isso, a temática será analisada sob a ótica da Lei de Introdução ao Código Civil de 1942, que, nunca é demais ressaltar, estipula normas de Direito Internacional Privado regulamentando o conflito de leis, no Brasil.

Este conjunto normativo é conhecido como as “regras de conexão”, pois, como foi dito anteriormente, determina o direito aplicável a uma relação jurídica privada internacional, podendo ser o direito nacional ou mesmo o estrangeiro.

Por isso mesmo, antes de entrar no objeto de estudo do presente trabalho, abordar-se-á a norma do Direito Internacional Privado, classificando-a conforme sua estrutura, fonte e natureza. De forma genérica, abordar-se-á também a questão prévia e o reenvio pela ligação que tais temáticas possuem com o objeto desse estudo.

Ademais, interessante se mostra estudar, primeiramente, a norma para que se possa adentrar com ênfase, num momento posterior, no estudo dos limites da Autonomia da Vontade junto ao Direito Internacional Privado Brasileiro no tocante à celebração dos contratos internacionais.

Este princípio também será analisado sob o prisma da Convenção Interamericana sobre o Direito Aplicável aos Contratos Internacionais de 1994, firmada na V Convenção Interamericana de Direito Internacional Privado (CIDIP) e organizada pela Organização dos Estados Americanos (OEA).

Neste contexto, procurar-se-á demonstrar a hierarquia constitucional dessa Convenção junto ao ordenamento jurídico brasileiro, bem como as conseqüências imediatas da sua ratificação pelo Poder Executivo, como foi dito anteriormente.

2 DAS NORMAS DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

As normas de Direito Internacional Privado podem ser classificadas quanto à estrutura, fonte e natureza. Elas não têm como escopo somente resolver o conflito de leis, buscam, ainda regulamentar a situação jurídica do estrangeiro (como os imigrantes entram em nosso território, quais serão suas limitações durante sua permanência, como será sua saída). Vislumbram-se ainda as normas de competência internacional, aquelas sobre reconhecimento de sentenças estrangeiras, nacionalidade e naturalização, dentre outras.

Quanto à natureza, podem ser indicativas ou indiretas, a exemplo das regras de conexão, as quais não buscam solucionar o caso concreto, mas, tão-somente indicam o direito material aplicável à relação jurídica internacional.

Podem ser diretas, materiais ou substanciais, as quais, ao contrário das regras de conexão, procuram solucionar o caso concreto por meio de sua aplicabilidade imediata, a exemplo do Estatuto do Estrangeiro, daquelas normas sobre competência internacional, da nacionalidade e naturalização, do reconhecimento

de sentenças estrangeiras, que, nunca é demais ressaltar, após a entrada em vigor da EC 45 a competência para tal fim passou a ser do STJ.

Além destas duas, encontram-se aquelas denominadas conceituais ou definidoras, sendo aquelas que buscam auxiliar na interpretação e aplicação das normas indiretas, a exemplo do domicílio¹, ordem pública, questão prévia, reenvio.

Quanto à sua fonte, podem ser nacionais e estrangeiras. Em relação às primeiras, citam-se os exemplos da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), Estatuto do Estrangeiro, Código de Processo Civil (Código de Processo Civil), a Constituição Federal, dentre outras. Já no tocante às segundas, exemplifica-se com a Convenção de Havana de 1928 de Direito Internacional Privado (Código Bustamante), Convenção sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais de 1944 da OEA.

Em relação à estrutura, podem ser unilaterais ou incompletas, as quais designam, geralmente, o momento da aplicabilidade de determinado direito, via de regra, a lei do foro, a exemplo do arts. 7º, §1 e 10º, §1 da LICC, em ambos os casos o legislador brasileiro determinou a aplicação da legislação brasileira.

Já as bilaterais ou completas não determinam o momento da aplicação de um determinado direito, podendo ser o nacional ou o estrangeiro, dividindo-se em duas partes: objeto de conexão que é a matéria sobre a qual o caso concreto versar, podendo ser sobre direito pessoal, capacidade, direito sucessório, obrigações, sendo, portanto, a matéria envolvida na relação jurídica internacional.

O elemento de conexão, por sua vez, é a segunda parte da norma completa ou bilateral, consistindo na parte do dispositivo legal que indica o direito aplicável àquela relação jurídica, podendo ser o domicílio, local da constituição da obrigação, situação efetiva da coisa, dentre outros.

Para tanto, vale dizer, para se proceder da maneira correta e identificar o direito, o aplicador do direito deverá localizar, primeiramente, seu objeto de conexão, encontrando, posteriormente, seu dispositivo legal correspondente previsto na LICC, situando-se entre os arts. 7º ao 11º de tal lei.

Após a identificação do dispositivo legal que regular o objeto de conexão referente ao caso concreto, dever-se-á localizar o elemento de conexão que, por sua vez, indicará, automaticamente, o direito correto a ser aplicável àquela relação jurídica. Esta adequação composta por três etapas é conhecida na doutrina como qualificação.

Como foi dito na introdução deste trabalho, fazer-se-á apenas uma referência geral sobre reenvio e questão prévia para não fugir do objeto do presente. Mas o que seria o reenvio? Quando da indicação de um direito estrangeiro ou mesmo nacional, mister se faz com que tal direito seja o material, não podendo ser normas indiretas após a feita da qualificação.

Todavia, quando ocorrer a situação em que o direito aplicável indicar o estrangeiro à relação, e este, por sua vez, não resolver a questão e, sim, devolver

¹LICC- Art. 7º, § 7º Salvo o caso de abandono, o domicílio do chefe da família estende-se ao outro cônjuge e aos filhos não emancipados, e o do tutor ou curador aos incapazes sob sua guarda.

por meio de suas normas indiretas o caso para o país de origem da relação jurídica, está-se diante do reenvio de primeiro grau, vale dizer, as normas do país A determinaram a aplicação ao caso concreto das normas do país B e estas, por sua vez, ao invés de solucionarem a questão, devolvem a aplicação das normas para o país A, técnica esta proibida pelo art. 16² da LICC.

Isto ocorre quando o direito estrangeiro a ser aplicável ser aquele composto por normas indiretas e não diretas como prega o Direito Internacional Privado Brasileiro. Nestes casos o legislador brasileiro determinou que deverá aplicar-se as normas diretas do país de origem, ou seja, a lei material da lei do foro.

Por outro lado, pode ser que as normas indiretas do país B, ao invés de determinarem a aplicação das normas do país A, indiquem a aplicação das normas de um terceiro país, técnica também proibida por nosso legislador com base no mesmo dispositivo da LICC, devendo-se também aplicar a lei material do país de origem. Este caso é conhecido como reenvio de segundo grau.

Por fim, a questão prévia ocorre quando, antes de o julgador ter que resolver a questão principal tiver que resolver uma questão que a preceda, a exemplo do reconhecimento de uma paternidade quando o juiz estiver julgando uma questão sucessória envolvendo bens de estrangeiros ou algo similar, devendo ser analisada caso a caso, podendo ocorrer a situação em que ambas tenham sua regulamentação pelo mesmo direito ou por direito diversos.

3 AS REGRAS DE CONEXÃO DIANTE DAS OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS INTERNACIONAIS - Art. 9º LICC

Longe de buscar esgotar este tema, procurar-se-á, a partir deste tópico, estudar e entender as diretrizes básicas que envolvem um dos temas mais antigos e, por muitos internacionalistas, considerado como sendo o principal objeto de estudo do DIPr.: a autonomia de vontades e sua relação com o conflito de leis fundamentado nas regras de conexão.

O Direito Internacional Privado representa, na atualidade, uma das áreas jurídicas que mais cresce e se aprimora. Tal desenvolvimento se deve, em grande parte, à imensa integração existente na sociedade contemporânea entre os povos, via globalização econômica, social, cultural, política, fato que acaba por refletir, inevitavelmente, nas relações jurídicas.

Chamando a atenção para este fato, Maristela Basso dispõe que

Isso tudo tem feito com que a atenção dos juristas, principalmente nos últimos tempos, se volte aos problemas de direito internacional privado com mais insistência, haja vista a necessidade, em tais casos, de se determinar qual a

² LICC, Art. 16-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.

lei competente para solucionar a relação jurídica em questão, quando esta envolve dois ou mais Estados³.

As regras de conexão, como foi dito, anteriormente, são normas indiretas ou indicativas, vale dizer, leis que não resolvem o caso concreto propriamente dito, mas, tão somente, indicam o corpo normativo aplicável (seja ele nacional ou estrangeiro).

Por meio delas, chegou-se ao ponto, inclusive, de se afastar eventuais alegações de incompetência de juízos estrangeiros, como já se pronunciou o STF antes do surgimento da EC/45, ao julgar uma sentença estrangeira contestada, que, sob o n. 5.040, envolveu tanto a justiça uruguaia quanto a brasileira⁴.

Para facilitar o entendimento da matéria, torna-se interessante iniciar tal estudo a partir da classificação da relação jurídica dentre um rol de categorias, localizando, em seguida, a sede jurídica desta situação, para, finalmente, identificar e, conseqüentemente, determinar corretamente o Direito a ser aplicado no caso concreto.

Só para se ter uma idéia, pela da qualificação jurídica vislumbra-se se tal caso versa acerca do estado ou da capacidade da pessoa, da situação de bens, das obrigações (contratuais ou não contratuais), das sucessões, dentre outros.

Posteriormente, identificar-se-á a sede jurídica, ou seja, o local em que se situa o elemento de conexão, responsável pela determinação do direito vigente, o que, nas palavras de Dolinger, é considerado como sendo “a ligação, o contato entre um caso concreto com ligação internacional e a respectiva norma que vai regê-la⁵”.

Parte dos doutrinadores internacionalistas, reconhecendo a importância do elemento de conexão, o compreendem dentro de dois contextos diversos. Segundo JO, os elementos de conexão podem manifestar-se por duas maneiras diferentes, consistindo a primeira na forma subjetiva, e, a segunda, na objetiva. A partir deste raciocínio, faz a seguinte afirmação:

Elementos de conexão subjetivos são aqueles que exigem uma interpretação técnica, inclusive na determinação de seus conceitos, tendo em vista que estes podem variar de um país para outro.

³ TAMAGNO, Maristela Basso. **Da aplicação do direito estrangeiro pelo juiz natural: o direito internacional privado à luz da jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 2.

⁴ STF- SEC 5040 / UR – URUGUAI-SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA Relator(a): Min. CELSO DE MELLO - Julgamento: 01/04/1996- Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação: DJ 06-12-1996 PP-48713 EMENT VOL-01853-01 PP-00139 -E M E N T A: SENTENÇA ESTRANGEIRA - DIVÓRCIO - OBSERVÂNCIA INTEGRAL DOS PRESSUPOSTOS DE HOMOLOGABILIDADE - HOMOLOGAÇÃO DEFERIDA. É homologável sentença de divórcio proferida por autoridade competente de País de que ambos os cônjuges são nacionais (*lex patriae*) e no qual fixaram o seu domicílio conjugal (*lex domicilii*). Esse elemento de conexão justifica o exercício da competência jurisdicional pelo magistrado estrangeiro de que emanou o ato homologando e descaracteriza, por isso mesmo, o reconhecimento de qualquer prática fraudulenta que pudesse traduzir-se em ofensa ao estatuto nacional e ao estatuto domiciliar dos cônjuges.

⁵ DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado: (parte geral)**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 262.

Por exemplo: Quando a responsabilidade do fabricante com relação ao consumidor é qualificada como responsabilidade contratual, em vez de responsabilidade por ato ilegal, e o DIPr, suponha-se, dispõe a determinação das obrigações pela lei da constituição, o que se questiona é a interpretação de qual é o local de constituição das obrigações. Este poderá ser o local do fabricante, da assinatura da residência ou domicílio, da nacionalidade do proponente, local da residência do aceitante, etc... E é justamente por meio da identificação do local da obrigação que se identificará o elemento de conexão, podendo-se vislumbrar, dessa forma, o direito aplicável⁶.

Por outro lado, elementos de conexão objetivos são aqueles que independem de uma interpretação técnica, tais como, o local do foro ou da situação dos bens. Assim, Rechsteiner, destacando a possibilidade de se encontrar diferentes significados que os elementos de conexão podem possuir de um país para outro, assevera que

Os elementos de conexão, como parte da norma indicativa ou indireta do direito internacional privado, com a ajuda da qual é possível determinar o direito aplicável, diferenciam-se conforme o direito internacional privado de cada Estado. Todavia, o direito comparado denuncia que determinados elementos de conexão são idênticos ou similares entre si em um grande número de Estados ⁷.

Quando um Estado, por meio de suas respectivas legislações, adota determinado elemento de conexão em relação à pessoa física, por exemplo, o direito aplicável às relações deste indivíduo estará vinculado ao respectivo estatuto pessoal adotado por aquele país.

Desta forma, estatuto pessoal nada mais é do que o fato determinante do direito aplicável às suas relações pessoais de direito privado com conexão internacional⁸. Portanto, no presente estudo, observar-se-á um procedimento composto por três etapas a fim de se solucionar um determinado conflito de leis. Assim, Oliveira explica tal procedimento da seguinte maneira:

A qualificação é um processo técnico-jurídico sempre presente no Direito, pelo qual se classificam ordenadamente os fatos da vida relativamente às instituições criadas pela Lei ou pelo Costume, a fim de bem enquadrar os fatos nas respectivas instituições de Direito a que fazem parte.

⁶ JO, Hee Moon. **Moderno Direito Internacional Privado**. São Paulo, LTR, 2001. p. 146.

⁷ RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito internacional privado: teoria e prática**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 125.

⁸ *Ibidem*, p. 125-126.

O primeiro passo, portanto, consiste na própria classificação (ou qualificação) da relação jurídica, procedendo-se, em seguida a localização da sede ou do elemento de conexão, identificando-se, por fim, o direito aplicável.

Em todas as disciplinas jurídicas, a conceituação e a classificação dos seus componentes fáticos e jurídicos são de fundamental importância para a boa e justa aplicação das normas jurídicas e com o DIPr também não é diferente⁹.

Diante disso, o próximo tópico abordará, de forma individualizada, a autonomia da vontade pregada pelo DIPr no tocante ao elemento de conexão presente no art. 9º da LICC (Lei de Introdução ao Código Civil), vale dizer, aquele responsável pela determinação do direito aplicável aos contratos internacionais.

4 O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE NA ESCOLHA DA LEI APLICÁVEL AOS CONTRATOS INTERNACIONAIS

Antes de qualquer coisa, quando do estudo do princípio da autonomia da vontade, mostra-se necessário saber o que é este princípio, para, num momento posterior, estudá-lo em face das normas de Direito Internacional Privado brasileiras.

Este princípio começou a ser estudado e utilizado por vários jusprivatistas em meados dos séculos XVIII e XIX, pelas obras de Demolombe e Laurent, incluindo-se Hauss, baseando-se em que tudo se resumia na questão de fato, mais que qualquer questão de direito.

Assim, diante de uma situação conectada a mais de um ordenamento jurídico, as partes poderiam escolher a legislação aplicável àquela relação jurídica privada com caráter internacional. Todavia, como esclarece Samtleben, citado por Nádía de Araújo,

o princípio da autonomia da vontade foi consagrado na obra de Teixeira de Freitas, que, apesar do caráter visionário e inovador para a época, não conseguiu estancar a forte corrente territorialista que prosperou nas codificações latino-americanas de então. Por isso, os Tratados de Montevideu de 1889 e 1940, o Código Bustamante e a legislação interna dos países-membros do Mercosul não contemplam o princípio da autonomia de vontade ¹⁰.

Tratando-se de DIPr brasileiro, encontram-se vários posicionamentos a respeito da permissão ou não da utilização deste princípio nos contratos internacionais. Isto

⁹ OLIVEIRA, Mateus S. **Breves anotações sobre as regras de conexão do Direito Internacional Privado Brasileiro**. Disponível em: <www.trinolex.com.br/artigos_view.asp?icaso=artigos&id=2418>. Acesso em: 09 ago. 2006.

¹⁰ ARAÚJO, Nádía de. **Contratos Internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 71.

pode ser explicado pela redação do art. 9^o¹¹ da LICC, que, diga-se de passagem, faz parte de uma Lei de 1942, ou seja, a “atual” Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro.

De um lado, verifica-se a presença da corrente tradicionalista, daqueles que entendem não haver a possibilidade das partes escolherem o direito aplicável ao contrato internacional.

Nesta esteira, encontra-se Maristela Basso, Grandino Rodas, Esther Engelberg, Amílcar de Castro e Osiris Rocha, dentre uma variedade de outros jusprivatistas.

Desta feita, Amílcar de Castro, citado por Esther Engelberg, esclarece que

Como ficou visto, os contratos em geral são essencialmente dominados pela liberdade das convenções, mas isso não quer dizer que as partes possam fugir do direito que lhes deve ser imposto, escolhendo outro mais de seu agrado, e sim apenas que, dentro de certos limites, mais ou menos amplos, traçados por disposições imperativas, as disposições facultativas deixam à vontade dos particulares a regulamentação contratual de seus interesses privados, o que é coisa muito diferente de escolha do direito por autonomia da vontade [...].

As partes não fazem direito por sua vontade, nem podem escolher direito a vontade; na esfera do direito primário, ou na esfera do direito internacional privado, estão sempre à mercê do direito, independentemente de sua vontade efetiva, sem essa vontade, ou contra essa vontade. Pode-se dizer que, em matéria de obrigações convencionais, a vontade das partes tem a liberdade de pássaro na gaiola: mover-se em certos limites, mas em qualquer direção encontra barreira intransponível¹².

Na mesma linha de raciocínio, a própria Esther Engelberg entende não haver tal possibilidade, visto que o que há é tão somente uma liberdade concedida às partes na formação do contrato internacional, no entanto, limitada pelo direito. No máximo, segundo a autora, as partes podem eleger o foro, mas, nunca, a lei aplicável à convenção. Desta forma, nos explica que

O art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil tem caráter imperativo e não comporta a acolhida doutrina da autonomia da vontade, em matéria de Direito Internacional Privado. Há algumas exceções ao disposto no artigo supra-citado e dentre elas merecem menção os contratos de trabalho que obedecem aos dispositivos legais do lugar onde o trabalho for executado e os contratos de transferência de tecnologia,

¹¹ Redação do dispositivo: Art. 9º- *caput*- Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.- § 2º A obrigação resultante de contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.

¹² ENGELBERG, Esther. **Contratos Internacionais do comércio**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 23.

que são regulamentados pelo direito interno pátrio, sem levar em consideração o direito conflitual¹³.

Em que pese o respeito à autora, ousou discordar parcialmente de suas assertivas. Em primeiro lugar, porque, segundo a primeira parte do trecho transcrito, afirma-se que não há autonomia de vontades no direito brasileiro nos termos da LICC.

Ora, se não há essa liberdade de escolha, não se pode asseverar que os contratos de trabalho, bem como aqueles de transferência de tecnologia, são exceções à regra. Isto porque eles são regidos por legislações próprias, como a CLT e a Lei n. 7.064/82.

Explicando tal problemática a professora Lorena Vasconcelos Porto, compartilhando o mesmo posicionamento de Maurício Godinho, ambos citados por Oliveira, entende que

a regra geral está contida na Súmula 207 do TST (critério da *lex loci executionis*, ou seja, aplica-se a lei do local da execução do contrato trabalhista), que prevê o mesmo que a Convenção de Havana de 1928 (ou Código Bustamante). Em relação aos trabalhadores abrangidos pela Lei n. 7.064/82, há uma regra específica que diz que os respectivos contratos regidos pela legislação mais favorável ao trabalhador, que pode ser a do Brasil, onde foi celebrado o pacto, ou do país estrangeiro, onde são executados os serviços. A comparação entre as ordens jurídicas, para determinar-se qual é a mais favorável, é feita com relação a cada matéria, consoante a denominada teoria do conglobamento. Assim, são analisadas as normas relativas a cada matéria (v.g., férias, remuneração, saúde e segurança no trabalho, etc.), e aquelas que são mais favoráveis em seu conjunto são as aplicáveis. Desse modo, pode ser que se apliquem as normas brasileiras com relação às férias (porque mais benéficas ao empregado) e as normas estrangeiras com relação à remuneração (se estas forem mais favoráveis). Mas com relação aos demais trabalhadores, não abrangidos por essa lei, prevalece o critério da Súmula 207¹⁴.

Tais informações também poderão ser consultadas na obra *Curso de Direito do Trabalho* do próprio professor Godinho¹⁵.

Nádia de Araújo reconhece que, para que a autonomia da vontade possa ser utilizada, seria necessário que a LICC fosse derogada no que tange às obrigações contratuais. Para isto, fundamenta-se na Convenção da V CIDIP. Assim,

as partes precisam ser cautelosas quando da redação de uma cláusula desse tipo no contrato internacional, pois os

¹³ ENGELBERG, Esther. *op. cit.* p. 24

¹⁴ OLIVEIRA, Mateus S. *op. cit.*

¹⁵ GODINHO, Maurício Delgado. *Curso de Direito do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 1047 e ss.

tribunais brasileiros não enfrentam a questão diretamente, nem parecem ter abraçado as teses pró autonomias defendidas mais recentemente, na esteira das modificações da legislação no plano internacional. Só quando a LICC for modificada, ou for adotada a Convenção Interamericana sobre o Direito Aplicável aos Contratos Internacionais (México), a incorporação do princípio da autonomia da vontade ao direito brasileiro estará garantida¹⁶.

A propósito, no tocante à Convenção Interamericana sobre o Direito Aplicável aos Contratos Internacionais de 1994, tal temática será abordada no próximo tópico, motivo pelo qual não haverá maiores comentários neste momento.

Por outro lado, Garcia Júnior, apesar de não reconhecer a autonomia da vontade, enfrenta a situação de uma forma diversa da corrente tradicionalista. Segundo seu entendimento, as obrigações decorrentes de contrato não devem ser pautadas pelo caput do art. 9º, mas sim pelo § 2º. Eis seu comentário:

Se observarmos, perceberemos que apenas o § 2º menciona o termo 'contrato'. A sobreposição das duas redações não deixa margem a dúvidas: para qualificar e reger as obrigações aplica-se a lei do país em que se constituírem, sendo certo que pelo nosso direito à obrigação resultante do contrato (obrigação contratual) reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente. Como as obrigações podem ser contratuais e não contratuais, a corrente legalista ou positivista entende que o caput do artigo concerne às obrigações não contratuais, enquanto o § 2º às obrigações decorrentes de contrato¹⁷.

Assevera, ainda, que a corrente tradicionalista dominou a doutrina e a jurisprudência brasileiras nas décadas de 40 a 70. Todavia, apesar de ter um ponto de vista muito interessante, não embasa sua tese com decisões dos nossos tribunais, ao contrário da corrente tradicionalista.

Por fim, autores como Strenger, Rangel dos Santos, Nádia de Araújo e Maria L. M. Granziera enfrentam a questão da liberdade de se escolher uma lei mais interessante ao contrato de uma forma um tanto quanto diversa da corrente tradicional.

Segundo estes doutrinadores, a liberdade de escolha da legislação aplicável poderá ser efetuada desde que ocorra dentro dos limites impostos pela ordem pública bem como pelas normas imperativas. Ademais, alguns entendem que tal escolha poderá ocorrer quando a legislação estrangeira eleita pelas regras de conexão assim permitir.

¹⁶ ARAÚJO, Nádia de. **Contratos Internacionais e a jurisprudência brasileira: lei aplicável, ordem pública e cláusula de eleição de foro**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 208.

¹⁷ GARCIA JÚNIOR, Armando Álvares. **Foro competente e lei aplicável aos contratos internacionais**. São Paulo: LTr, 2002. p. 75.

Por isso, Strenger, fundamentando seu posicionamento em Campos Batalha e Oscar Tenório, doutrina que

[...] assiste razão ao conhecido publicista Campos Batalha, porquanto apesar de não ter a Lei de Introdução reproduzido o preceito que admitia a estipulação das partes, para formular apenas a regra do *jus loci contractus*, não fez incluir qualquer proibição expressa da aplicação da teoria da autonomia da vontade.

Nesse sentido, o entendimento de Oscar Tenório, para quem 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 de direito internacional privado no Brasil é de modo a entregar as obrigações, com naturais restrições da ordem pública, à lei de sua constituição¹⁸.

Conseqüentemente, afirmar-se-á que apesar da terceira lei poder instituir tal faculdade, vê-se isto de uma forma diversa do autor citado, uma vez que a partir do momento que uma lei determina tal coisa, não há faculdade senão dentro do que foi determinado por ela.

Assim sendo, no caso citado por Strenger, mesmo que haja tal faculdade, as partes estarão, antes de mais nada, seguindo o que as regras de conexão determinaram, vale dizer, aplicando uma outra lei, fato que difere da liberdade das partes escolherem um direito que lhes seja mais interessante na relação contratual internacional.

5 DA CONVENÇÃO INTERAMERICANA SOBRE DIREITO APLICÁVEL AOS CONTRATOS INTERNACIONAIS DE 1994

Desde a década de 50 recomeçaram os trabalhos visando à codificação das legislações de Direito Internacional Privado dos Estados da América Latina, objetivando uma uniformização de suas respectivas normas. Em 1971, a Assembléia Geral da OEA convocou a Conferência Especializada Interamericana sobre Direito Internacional Privado, seguindo exemplo da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado.

Até hoje, no âmbito da OEA, foram realizadas sete “CIDIPs”, vale dizer, Conferências de Direito Internacional Privado, ressaltando que o objeto de estudo deste tópico se refere justamente à V CIDIP.

Conforme explica Nádia de Araújo,

após a CIDIP IV, e com base nas resoluções ali aprovadas, o Comitê para Assuntos Jurídicos da OEA resolveu adotar várias

¹⁸ STRENGER, Irineu. **Autonomia da vontade em direito internacional privado brasileiro**. São Paulo: RT, 1968. p. 202.

ações com o objetivo de preparar a agenda da CIDIP V, o que inclui a elaboração e envio de questionário sobre a situação do tema nos ordenamentos jurídicos dos países da organização¹⁹.

Isto porque, com o incessante fluxo de capitais, tecnologia, serviços, importações, exportações e o crescente número de contratos internacionais, não havia mais como impor barreiras ao desenvolvimento de normas jurídicas que visassem a regulamentar tal realidade.

Dessa forma, a V CIDIP foi realizada no México em 1994. No que diz respeito à sua aplicabilidade, refere-se, especificamente, aos Contratos Internacionais, inclusive àqueles que regulam o comércio eletrônico.

Tal convenção estabelece dois critérios para a definição de um contrato internacional. O primeiro é territorial, ou seja, quando a residência ou o estabelecimento das partes se situar em países-membros diversos. Já o segundo se refere ao contrato quando esse tiver pontos de contatos objetivos com mais de um Estado-parte, algo muito comum nos contratos celebrados via internet.

Por fim, no que tange à lei aplicável, contemplou-se como regra o princípio da autonomia de vontade²⁰, quase na mesma forma estabelecida pela Convenção de Roma, acolhendo-se, inclusive, o *dépeçage* voluntário, a escolha de uma lei sem vínculo com o contrato, a possibilidade de sua modificação posterior e a admissão da escolha tácita, quando evidente.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A par de todas as discussões a respeito da possibilidade da liberdade das partes na escolha do direito aplicável aos contratos internacionais, é preciso contextualizar a realidade atual, tanto política, quanto econômica, jurídica e social que os países da América Latina estão vivenciando.

Por isso, no caso brasileiro restaram algumas questões ainda não explicadas, a exemplo do porque da não adoção do princípio aqui estudado através da respectiva ratificação da Convenção da OEA. Ainda, porque o projeto PLS 4905-94 que adotava o princípio abordado e que foi apresentado ao Congresso Nacional para reforma da LICC foi retirado de lá?

¹⁹ ARAÚJO, Nádia. **Contratos Internacionais: Autonomia de Vontades, Mercosul e Convenções Internacionais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 172.

²⁰ *CAPITULO SEGUNDO - Determinación del derecho aplicable - Artículo 7 - El contrato se rige por el derecho elegido por las partes. El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto. Dicha elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo. - La selección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección del derecho aplicable. Artículo 8 - En cualquier momento, las partes podrán acordar que el contrato quede sometido en todo o en parte a un derecho distinto de aquel por el que se regía anteriormente, haya sido o no éste elegido por las partes. Sin embargo, dicha modificación no afectará la validez formal del contrato original ni los derechos de terceros.*

Se os benefícios alcançados pela Lei n. 9.307/96 pela adoção da autonomia da vontade são incontestáveis, porque o Brasil não pode ter duas legislações que viabilizem juntamente as transações internacionais dos nossos empresários, abrangendo não só a Lei de Arbitragem mas também a própria LICC?

São fatores que, aliados a outras questões como a corrupção, o excesso da tributação, a falta de estrutura logística brasileira, certamente prejudicam o bom andamento do nosso comércio exterior.

É importante notar que a autonomia da vontade, juntamente com a troca do elemento de conexão das obrigações daquele momento que era a nacionalidade e passou-se para o local da constituição da obrigação quando presentes, foi retirado na Lei Introdução ao Código Civil em 1942 em virtude do contexto histórico daquela época.

Tal momento envolvia, inclusive, guerras e imigrações de estrangeiros naturais de países contra os quais o Brasil guerreava, fatores que implicavam relações jurídicas que, se reguladas pelo elemento da nacionalidade, por vezes, necessitaria da aplicação do direito estrangeiro destes países “inimigos” naquele momento de guerra.

Todavia aquela situação já foi superada, extinguindo-se ainda os problemas que motivaram com que o princípio da autonomia fosse suprimido da nossa legislação. Dessa forma, surgiram outros, muito mais relevantes que justificam a adoção dela, como alguns expostos neste trabalho.

Aliado a isso, o governo poderia lucrar cada vez mais com uma maior participação no comércio internacional²¹(através de uma evolução normativa das relações comerciais internacionais), aumentando seu poder de barganha nas negociações multilaterais internacionais, o que, de fato, influi de forma direta na política interna brasileira. Só para efeitos de esclarecimento em 2002, o Brasil tinha uma participação de 1% do comércio mundial, estando envolvido em 10% dos litígios no Órgão de Solução de Controvérsias da OMC, na maioria dos casos como reclamado.

Somando-se a estas contribuições, salienta-se que a Constituição Federal do Brasil de 1988, logo em seu preâmbulo, realça a proteção à dignidade da pessoa humana conforme consta no art. 3º, II, da Constituição Federal de 1988.

É necessário lembrar que um dos objetivos fundamentais da República brasileira é justamente alcançar e implementar políticas que visem à garantia do desenvolvimento nacional²², da mesma forma que se deverá buscar, cada vez mais, aperfeiçoar e implementar institutos no escopo de se formar uma sociedade justa e solidária, erradicando-se a pobreza, a marginalização e promovendo a redução das desigualdades sociais e o bem de todos.

Tendo em vista que o aparato jurídico é um meio por excelência para implementar tais políticas (não sendo o único!), entende-se que uma das formas de se buscar este objetivo fundamental da República brasileira seria, justamente,

²¹ BARRAL, Welber (Org). **O Brasil e a OMC**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2002. p. 18.

²²Art. 3º,- “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: II- garantir o desenvolvimento nacional”.

adequar nossas leis internas, inclusive a Carta Magna, às Convenções Internacionais que possibilitem concretizar estes objetivos.

Chamando atenção para este fato, Quintão Soares entende que

A globalização internacional dos problemas, abrangendo o princípio da autodeterminação dos povos, o sistema de garantias dos direitos fundamentais, o princípio da subsidiariedade e dos mecanismos de proteção dos recursos e do meio ambiente, demonstra que a constituição jurídica do centro estatal, territorialmente delimitado, permanece como carta de identidade política e cultural e uma mediação normativa necessária de estruturas básicas de justiça de um Estado democrático de direito.

Essa carta de identidade necessita, todavia, articular-se com outros direitos, gradativamente vinculantes e preceptivos *hard law* ou flexíveis *soft law*, progressivamente forjados por novas unidades políticas, tais como União Européia, o Mercosul, o Nafta, a unidade africana e outros blocos políticos e econômicos²³.

Com base neste raciocínio, crê-se que a adoção do texto da Convenção de 1994, promovida pela OEA, seria uma ótima oportunidade de se atingir o desenvolvimento almejado no art. 3º, II da CF/88. Conseqüentemente, a autonomia de vontade seria adotada, revogando-se de imediato os preceitos do art. 9º da LICC.

Na seqüência do art. 3º, o legislador, por meio do art. 4º do Texto Constitucional brasileiro²⁴, buscou ressaltar a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais, a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, assim como a integração econômica, política, social e cultural entre os povos da América Latina.

Almejando implementar e regualmentar tais princípios e objetivos fundamentais, o art. 5º da Constituição Federal elenca os direitos e garantias individuais, assim como o art. 7º dispõe acerca dos direitos sociais, econômicos e culturais.

Sabendo-se que normas jurídicas internacionais que viabilizem o comércio internacional promovem, automaticamente, a implementação e a concretização de muitos direitos e garantias individuais elencados no art. 5º, assim como os próprios direitos econômicos e sociais previstos no art. 7º da Constituição Federal de 1988, entende-se que tais regras podem enquadrar-se no rol dos denominados “direitos humanos fundamentais”.

Aponta-se, destarte, para a necessidade de se alcançar um equilíbrio entre os interesses de toda a sociedade civil dentre os interesses públicos e privados, de

²³ SOARES apud ALMEIDA FILHO, Agassiz; PINTO FILHO, Francisco Bilac M. **Constitucionalismo e Estado**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 53.

²⁴Art. 4- “A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: II- prevalência dos direitos humanos, IX- cooperação entre os povos para o progresso da humanidade. Parágrafo único- A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural

modo a garantir que todos possam exercer os direitos constitucionalmente assegurados e beneficiar-se dos efeitos positivos que regras de comércio internacional proporcionam às suas dignidades pessoais e sociais.

Voltando-se, porém, ao caso brasileiro, o projeto que seria responsável pela incorporação da Convenção firmada na V CIDIP ainda não foi enviado ao Congresso Nacional pelo Poder Executivo e, embora represente o amadurecimento da posição tomada pelo Brasil ao assinar tal tratado, até hoje, 12 (doze) anos depois desta assinatura, perdura-se na mesma situação.

É preciso enviar ao Congresso Nacional tal norma internacional e garantir sua aprovação não só entre os países signatários, aproveitando a oportunidade para substituir o art. 9º da LICC pela redação da convenção, fazendo com que suas disposições sejam aplicáveis a todos os contratos internacionais conectados com o ordenamento jurídico brasileiro, situação que já ocorreu na Europa pela Convenção de Roma.

Isto posto, acredita-se que, a par da tendência de se adotar o princípio da autonomia de vontade no sistema jurídico brasileiro, como já ocorre na própria lei de arbitragem, no Protocolo de Buenos Aires de 1988 no tocante aos países do Mercosul, tal liberdade deverá ser adotada no tocante às relações comerciais pelo ordenamento jurídico brasileiro pela LICC.

Suas contribuições não se resumem apenas ao comércio, como exposto anteriormente, mas se estendem a todos os envolvidos direta e indiretamente nele, implementando e concretizando não só os objetivos fundamentais da nossa República, mas também os direitos individuais, sociais, econômicos, dentre outros de aplicabilidade imediata.

Por isso, acompanhando o entendimento de autores como Amaral Júnior no que tange a relação entre normas de Direitos Humanos com as normas que vinculam o Comércio Internacional, afirma-se que as normas de comércio internacional (a exemplo do texto da Convenção do México de 1994 e das disposições sobre cláusula social tão discutida no âmbito da OMC e da OIT) também devem ser inclusas àquelas denominadas de Direitos Fundamentais Internacionais²⁵, motivo pelo qual merecem uma ascendência valorativa diante do ordenamento jurídico pátrio, fato que só reforça a necessidade de nossos governantes se atentarem mais à importância de se adotar e cumprir os dispositivos previstos nas Convenções Internacionais Comerciais.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA FILHO, Agassiz; PINTO FILHO, Francisco Bilac M. **Constitucionalismo e Estado**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana para o progresso.”

²⁵ AMARAL JÚNIOR, Alberto. Direitos Humanos e Comércio Internacional: Reflexões sobre a ‘Cláusula Social’. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto; PERRONE MOISÉS, Cláudia (orgs). **O Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem**. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 1999. p. 197-215.

AMARAL JÚNIOR, Alberto. Direitos Humanos e Comércio Internacional: Reflexões sobre a Cláusula Social. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto; PERRONE MOISÉS, Cláudia (Orgs). **O Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem**. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 1999.

ARAÚJO, Nádia de. **Contratos Internacionais e a jurisprudência brasileira: lei aplicável, ordem pública e cláusula de eleição de foro**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2002.

_____. **Contratos Internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BARRAL, Welber (Org). **O Brasil e a OMC**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2002.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada com referências ao Novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002)**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado: parte geral**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

ENGELBERG, Esther. **Contratos internacionais do comércio**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GARCIA JÚNIOR, Armando Álvares. **Foro competente e lei aplicável aos contratos internacionais**. São Paulo: LTr, 2002.

GODINHO, Maurício Delgado. **Curso de Direito do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2006.

JO, Hee Moon. **Moderno Direito Internacional Privado**. São Paulo, LTR, 2001.

OLIVEIRA, Mateus S. **Breves anotações sobre as regras de conexão do Direito Internacional Privado Brasileiro**. Disponível em: <www.trinolex.com.br/artigos_view.asp?icaso=artigos&id=2418>. Acesso em: 09 ago. 2006.

RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito internacional privado: teoria e prática**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

STRENGER, Irineu. **Autonomia da vontade em direito internacional privado brasileiro.** São Paulo: RT, 1968.

TAMAGNO, Maristela Basso. **Da aplicação do direito estrangeiro pelo juiz natural: o direito internacional privado à luz da jurisprudência.** São Paulo: Saraiva, 2004.