

A Autonomia Privada nos contratos internacionais de acordo com o Direito Internacional Privado e o Direito Interno Brasileiro: Uma visão constitucional

Private Autonomy in international contracts in accordance with Private International Law and Brazilian Domestic Law: A constitutional vision

Patricia Faveret Hardman¹

Sumário: 1. Introdução. – 2. O Direito Internacional Privado e os Contratos Internacionais. – 3. Os Métodos de escolha da lei aplicável – 4. Os limites à aplicação da lei estrangeira. – 5. A Autonomia privada na teoria geral do direito. – 6. As Convenções de Haia sobre os Contratos Internacionais. - 7. A Convenção de Viena de 1980 da UNCITRAL/CNUDCI sobre compra e venda internacional – 8. A Convenção de Viena no MERCOSUL – 9. Princípios Uniformes dos Contratos Comerciais Internacionais elaborados pelo UNIDROIT – 10. O Princípio da Autonomia Privada como meio de determinar a lei aplicável aos Contratos Internacionais e os limites à aplicação da lei estrangeira. – 11. Os Arts 9 e 17 das atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (DL 4657/04/09/1942). – 12. A Lei 9307/96 e a Autonomia Privada nos Contratos submetidos à arbitragem. - 13. Os Princípios Constitucionais. 14. Os limites da Intervenção do Estado nas relações contratuais privadas. – 15. Conclusão. – 16. Referências bibliográficas.

RESUMO

Este trabalho analisa os desdobramentos da aplicação do princípio constitucional da legalidade ao direito privado. O artigo 5º, II da Constituição da República diz que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Através deste princípio, a Constituição consagra a noção de liberdade, que também revela-se através dos princípios da autonomia privada e da livre iniciativa, este último consubstanciado em seus artigos 1º, IV e 170, § único. Tanto a autonomia privada quanto a livre iniciativa se refletem na liberdade de associação (artigo 5º, XVII CR) e na não-interferência estatal (artigo 5º,

¹ *Especialista no Direito da Propriedade Intelectual pela PUC-Rio. Especialista em Direito Privado Patrimonial pela PUC-Rio. Sócia do Escritório de Advocacia Hardman. E-mail: hardmanadvogados@gmail.com*

XVIII). O tema dos contratos internacionais será analisado sob a ótica do Direito Civil Constitucional, para sustentar a predominância do princípio da autonomia privada como uma das bases do ordenamento jurídico brasileiro, erigido à categoria de preceito fundamental da ordem constitucional brasileira. O princípio da autonomia privada e o princípio da autonomia pública (liberdade da vida em comunidade) são os fundamentos da vida em liberdade e da dignidade da pessoa humana, integrando o rol dos direitos fundamentais e constituindo as bases da democracia, sendo, portanto, inafastáveis.

Palavras-chave: Liberdade. Autonomia Privada. Livre Iniciativa. Princípio da Segurança Jurídica. Unidade do Ordenamento Jurídico. Contratos Internacionais. Arbitragem.

ABSTRACT

This paper analyzes the implications of applying the constitutional principle of legality to private law. Article 5, II of the Constitution of the Republic states that "no one shall be compelled to do or to do anything other than by virtue of law." Through this principle, the Constitution enshrines the notion of freedom, which also reveals itself through the principles of private autonomy and free enterprise, the latter embodied in its articles 1, IV and 170, sole paragraph. Both private autonomy and free enterprise are reflected in freedom of association (Article 5, XVII CR) and in non-interference by the state (Article 5, XVIII). The subject of international contracts will be analyzed from the standpoint of Constitutional Civil Law, to support the predominance of the principle of private autonomy as one of the bases of the Brazilian legal system, erected to the category of fundamental precept of the Brazilian constitutional order. The principle of private autonomy and the principle of public autonomy (freedom of community life) are the foundations of life in freedom and of the dignity of the human person, integrating the role of fundamental rights and building the foundations of democracy, and are therefore unaffordable .

Keywords: Freedom. Private Autonomy. Free Initiative. Principle of Legal Security. Unit of Legal Order. International Contracts. Arbitration.

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho analisa os desdobramentos da aplicação do princípio constitucional da legalidade ao direito privado. O artigo 5º, II da Constituição da República diz que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Através deste princípio, a Constituição consagra a noção de liberdade, que também revela-se através dos princípios da autonomia privada e da livre iniciativa, este último consubstanciado em seus

artigos 1º, IV e 170, § único. Tanto a autonomia privada quanto a livre iniciativa se refletem na liberdade de associação (artigo 5º, XVII CR) e na não-interferência estatal (artigo 5º, XVIII). O tema dos contratos internacionais será analisado sob a ótica do Direito Civil Constitucional, para sustentar a predominância do princípio da autonomia privada como uma das bases do ordenamento jurídico brasileiro, erigido à categoria de preceito fundamental da ordem constitucional brasileira. O princípio da autonomia privada e o princípio da autonomia pública (liberdade da vida em comunidade) são os fundamentos da vida em liberdade e da dignidade da pessoa humana, integrando o rol dos direitos fundamentais e constituindo as bases da democracia, sendo, portanto, inafastáveis.

Ressalte-se que a liberdade precisa de um sólido lastro jurídico e de limites para que seja legitimamente exercida. Não existe liberdade sem Direito e nem Direito sem os fatos. A explosão tecnológica amplia o espectro das liberdades, que assumem aspectos positivos e negativos. Ela interfere diretamente na esfera privada dos cidadãos, contendo um lado opressor. A liberdade é um veículo de poderes privados que pode acarretar algumas desigualdades.

Nesse contexto, as técnicas de interpretação devem assegurar as liberdades restringindo as invasões dela decorrentes. A interpretação jurídica deve ser conduzida de forma a considerar o ordenamento jurídico como um conjunto, como uma unidade. Busca-se, através da ponderação de valores, a essência dos Princípios (enunciados normativos) e Cláusulas Gerais. Somente através da ponderação pode-se harmonizar direitos em colisão (ou suposta colisão). Não se pode fracionar o sistema jurídico. As normas infraconstitucionais devem incorporar e expressar em seu conteúdo os princípios e valores constitucionais. A função dos institutos jurídicos deve ser analisada em consonância com a supremacia do texto constitucional, fenômeno chamado de funcionalização dos institutos de direito civil, nomenclatura atribuída por Pietro Perlingieri.²O enunciado normativo depende dos fatos da vida para que se concretize, uma vez que o conjunto de normas e princípios incide sobre os fatos.

Assim, diante da complexidade da sociedade contemporânea, o princípio da segurança jurídica deve ser reconstruído, de forma que sua aplicação não se restrinja à subsunção. Diante de duas regras totalmente claras e evidentes, duas Câmaras do mesmo Tribunal podem votar em sentidos diametralmente opostos. A simples subsunção pode gerar insegurança

² PERLINGIERI, Pietro. O direito Civil na legalidade constitucional. Rio de Janeiro:Renovar, 2008, p.671

diante da mudança de funções que as situações jurídicas adquirem em razão das novas tecnologias e liberdades. Conclui-se, portanto, que interpretar é deslocar a segurança jurídica para a aplicação de valores e princípios que permitam o equilíbrio social, conferindo unidade ao ordenamento jurídico.

Neste sentido, a dificuldade de definição do ordenamento jurídico adequado a reger os contratos internacionais decorre da ausência de regulamentação sobre o tema. O conflito entre os diversos ordenamentos jurídicos, a diversidade de convenções internacionais e a possibilidade de aplicação da *lex mercatoria* agravam ainda mais esta dificuldade. Considere-se ainda que as partes do mesmo contrato podem ser submetidas a diferentes ordenamentos jurídicos.

No Brasil, na ausência de legislação que regulamente o tema, ainda é aplicado o ultrapassado (no que diz respeito ao direito obrigacional) Decreto-Lei 4.657/1942, conhecido como Lei de Introdução às normas do direito brasileiro (LINDB), antiga Lei de Introdução ao Código Civil (LICC).

A autonomia privada consiste em um dos temas mais importantes e complexos do Direito Internacional Privado, especialmente em matéria de direito contratual. A difusão e maior utilização do instituto da arbitragem, com o reconhecimento legal da possibilidade de escolha pelas partes da legislação aplicável ao contrato reafirmam a necessidade do estudo aprofundado do tema.

O assunto permanece atual em virtude de uma mudança ocorrida no século XX que refletiu a perda da hegemonia do liberalismo econômico, respaldado pelos princípios da autonomia privada e da liberdade contratual, em detrimento da ascensão do dirigismo contratual, caracterizador do Estado Social, fundado na noção de ordem pública. Esta transformação gerou evidente conflito com a noção de liberdade, e foi o cenário político vigente à época da elaboração da LICC DE 1942. Por esta razão a LICC conflita com o valor de liberdade amplamente assegurado pela Constituição de 1988, erigido à categoria de Princípio Fundamental. Tal circunstância fez surgir controvérsia a respeito da permanência, ou não, da autonomia privada no Direito Internacional Privado Brasileiro.

Além de avaliar as consequências de tal mudança e seu impacto na liberdade, conferindo-lhe uma perspectiva fundada nas regras e Princípios Constitucionais, a importância do tema para o ordenamento jurídico brasileiro também consiste em conferir segurança jurídica aos contratos internacionais e orientar o juiz ou árbitro na solução dos conflitos advindos destes contratos, com a possibilidade de eleição do direito aplicável à contratação internacional.

A análise da questão da autonomia privada terá fundamento no ordenamento jurídico-constitucional, mais precisamente nos direitos e garantias fundamentais da constituição vigente. Analisa-se também os artigos 9º e 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro de forma compatível com os preceitos fundamentais da liberdade e segurança jurídica, o que leva à conclusão de que o Direito Internacional Privado Brasileiro permite a escolha da lei aplicável ao contrato internacional.

2. O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E OS CONTRATOS INTERNACIONAIS

Para dirimir as controvérsias oriundas dos contratos internacionais, utiliza-se o método do DIPr (Direito Internacional Privado), também chamado de método conflitual tradicional, que é o método clássico, e mesmo com todas as modificações ocorridas no âmbito da legislação internacional, ainda é o método utilizado na Europa e na América Latina, e portanto, ainda vigente no Brasil. Este método consiste na observância de uma regra de DIPr, que indicará a legislação a ser aplicada a um caso concreto que envolva um conflito de leis com a utilização de uma norma indireta. Cabe ao método conflitual apenas a designação do ordenamento jurídico no qual a norma deve ser encontrada.

Após a escolha da lei aplicável ao caso, mais duas questões devem ser esclarecidas: onde acionar o Tribunal competente e a eficácia da decisão estrangeira no Brasil. A análise de tais questões é fundamental para que se possa chegar a conclusões acerca da validade de um contrato internacional, para identificar a pendência de cumprimento de obrigação, bem como as razões de eventual descumprimento, se voluntário ou não. Busca-se ainda a efetividade da decisão, uma vez que utilizar-se de um processo altamente dispendioso para obter-se uma solução em um país no qual o vencido não possua bens pode tornar a decisão inócua. Para isso, utiliza-se o mecanismo da homologação da decisão estrangeira, previsto nos arts. 960 e seguintes do Código de Processo Civil Brasileiro.

Além das tradicionais regras de DIPr, temos ainda os Tratados Internacionais, o Direito Internacional Público e as Normas Materiais Universais, como os INCOTERMS (*International commercial Terms*). Os INCOTERMS enquadram-se no âmbito dos costumes e práticas que regulam o comércio internacional (*Lex Mercatoria*), sendo publicados pela Câmara Internacional de Comércio (ICC), organização de caráter privado sediada em Paris. Temos ainda a possibilidade de utilizar a Arbitragem, com a aplicação da *Soft Law*, aquela

que não está submetida a um ordenamento jurídico específico, ou de uma lei nacional livremente escolhida pelas partes.

A parte especial do Direito Internacional Privado abrange o estudo do Direito dos Contratos Internacionais. A ideia central do Direito Internacional Privado é dirimir os conflitos de leis no espaço, encontrando soluções para os conflitos nos quais as relações privadas estejam relacionadas a mais de um ordenamento jurídico, ligadas por um elemento de estraneidade. Este consiste no elemento caracterizador de um contrato internacional, que o liga a dois ou mais ordenamentos jurídicos nacionais. Citam-se como exemplos a nacionalidade estrangeira de um dos contratantes, o fato de um dos contratantes ser domiciliado no exterior, o pagamento fixado em moeda estrangeira ou no exterior, ou o cumprimento da obrigação principal no exterior.

A popularização dos contratos celebrados pela internet (comércio eletrônico), a sofisticação do comércio internacional e as constantes modificações na sua forma de celebração, transferência de tecnologia, transações em larga escala, franquias e a formação de blocos econômicos, entre outros fatores, determinam a necessidade de rapidez na atualização da normatização destas relações, sempre regidas por contratos.

O contrato, por sua vez, é um instrumento privado, regido pela autonomia privada, mas com regulamentação pública. As iniciativas de regulamentação pública dos contratos internacionais são feitas por meio de Tratados e pela própria regulamentação interna dos países, visando abranger seus aspectos internacionais. O Comércio Internacional se modifica, os contratos se modificam, mas a sua normatização não tem capacidade de acompanhar essa velocidade.

O aplicador do Direito Internacional Privado enfrenta desafios criados pela tecnologia e pela globalização da economia. Várias questões surgem, exigindo o conhecimento dos usos e costumes internacionais, da legislação interna de cada país e da legislação internacional. Que barreiras devem ser ultrapassadas, uma vez que o contrato internacional não se submete especificamente a nenhum regime jurídico nacional?

O fato de o contrato internacional não estar adstrito a um único ordenamento jurídico interno, por si só suscita inúmeras questões relevantes, desde a fase pré-negocial. As diferenças culturais, de costumes, idiomas, formas de negociação, legalização e adaptação dos instrumentos jurídicos, bem como a própria interpretação dos termos jurídicos torna essencial ao aplicador do Direito um profundo conhecimento de Direito Comparado.

Como exemplo de transposição de barreiras culturais em pleno exercício da autonomia da vontade, pode-se citar o caso da hegemonia brasileira na exportação de frango para o

Oriente Médio. Verifica-se nesta região a existência de regras rigorosíssimas em relação à forma do abate do frango. O cumprimento de tais regras no Brasil é constantemente averiguado, e a constatação acerca de sua observância é condição essencial à continuidade do negócio jurídico. O exportador brasileiro teve que adaptar-se às leis islâmicas a fim de viabilizar o negócio, cumprindo determinações de leis não vigentes em seu território nacional por ser a melhor escolha no caso concreto, por opção.

O operador do direito deve cercar-se de cuidados e abranger todos os aspectos contratuais com precisão técnica. Todas as fases exigem minucioso detalhamento: a elaboração, a instrumentalização, a celebração e a execução. Essencial que se preveja também, em caso de eventual controvérsia envolvendo o contrato, a escolha de Tribunal Arbitral ou da Justiça Pública de um determinado país. Caso seja feita a opção pela justiça pública é importante a escolha do foro competente.

Tema bastante relevante a ser considerado ao se celebrar contrato internacional com o Poder Público de um Estado é a existência de controvérsia a respeito da possibilidade do Poder Público se sujeitar à arbitragem.

Deve-se considerar ainda questões envolvendo a licitude ou ilicitude do objeto do contrato, por serem afastáveis pela ordem pública de algum Estado, bem como a necessidade de licitação ao celebrar contrato com o Poder Público de algum país. Estas questões que atormentam os aplicadores do DIP precisam de cuidadosa análise, propiciando uma interpretação que eleve a autonomia privada à condição de princípio conflitual, regulado por normas jurídicas extra-estatais, conferindo às partes o poder de contratar sem obedecer a uma legislação específica, ou até mesmo escolher a legislação a que pretendem submeter-se.

A questão acerca da importância da autonomia privada na determinação do direito aplicável é o ponto de maior relevância dentro do tema. A possibilidade de escolha da lei aplicável ao contrato confere segurança jurídica às partes, excluindo o próprio conflito de leis. A inserção deste princípio em convenções internacionais funcionaria como regra de conexão, eliminando inúmeras questões complexas e possibilitando o livre desenvolvimento do comércio internacional, que seria regulado por normas jurídicas extra-estatais.

O presente trabalho tem o como objeto a análise destas questões relativas à determinação do direito aplicável aos contratos internacionais, sempre sob a ótica da autonomia privada.

3. MÉTODOS DE ESCOLHA DA LEI APLICÁVEL

As regras de conexão, normas indiretas, ou regras de DIPr, surgiram a partir da necessidade de determinação da lei aplicável quando as relações jurídicas controvertidas fossem submetidas à mais de um sistema jurídico vigente através de um elemento de estraneidade. Ao passar de rígidas a flexíveis, as regras de conexão revolucionaram o Direito Internacional Privado, não mais constituído apenas de regras indiretas. Isto se deu com o advento das normas de proteção ao consumidor e à infância, das Convenções Internacionais e das leis extra-estatais.

O Direito Internacional Privado dos países da Europa e da América Latina utilizam, até o momento presente, o método conflitual tradicional, com algumas adaptações. A regra de conflito (regra de DIPr) designa a lei aplicável ao caso concreto, determinando o ordenamento jurídico ao qual a lide será submetida.

Este sistema tem o objetivo de promover a segurança e a certeza jurídica através da previsibilidade das soluções adotadas, de garantir a igualdade de tratamento para todos a fim de promover a continuidade das relações jurídicas, mas apresenta falhas. A partir do momento em que o DIPr faz parte da legislação interna de cada país, a mesma situação pode encontrar soluções diversas em cada um deles. Sem a homologação da decisão estrangeira a decisão adotada em um país não será válida no outro. Por fim, este sistema favorece o fórum shopping, onde as partes podem contratar buscando situações que lhes favoreçam. Por esta razão tentou-se flexibilizar as normas de conflitos através da inserção um pluralismo de métodos.

Busca-se atualmente não apenas promover a segurança jurídica. Uma nova concepção internacional privilegia também a proteção aos direitos fundamentais, que passaram a constar de diplomas internacionais (como por exemplo, o Direito Internacional dos Direitos Humanos), somados aos das Constituições de cada país e ao “bloco constitucional” dos Estados partícipes. Esta nova ordem internacional de valores jurídicos comuns permeia a aplicação do DIPr, prevalecendo até mesmo sobre as normas de conflito.

As normas conflituais internacionais uniformes passaram a harmonizar as regras de conflito. O objetivo é a uniformização de regras materiais, como por exemplo, a Convenção sobre Compra e Venda Internacional, que unificam uma parcela do Direito Privado Material. A Conferência de Direito Internacional da Haia (prepara convenções internacionais sobre regras conflituais) e os Princípios para os Contratos Comerciais Internacionais do UNIDROIT (Instituto para a Unificação do Direito Privado) uniformizam regras materiais, com a mesma

finalidade. Para finalizar, o UNCITRAL (Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional) também desempenha este papel no cenário internacional.

As regras materiais foram admitidas no DIPr e começou-se a admitir regras alternativas e extra-estatais, a cláusula de exceção, a observância da autonomia privada em algumas áreas. Princípios mais flexíveis foram adotados, como o da proximidade. Tal princípio determina que se aplique a lei mais intimamente vinculada às partes ou à questão jurídica, com a qual o contrato possui vínculos mais estreitos, facultando aos tribunais maior poder discricionário na escolha da lei aplicável.

Esta evolução no DIPr ocorreu com uma adaptação entre o método conflitual e o sistema unilateral, adotado nos Estados Unidos. Este último deu ensejo ao *Restatement*, que consiste em uma compilação de normas jurídicas com comentários e casos hipotéticos que ilustram as regras de aplicação, feitas pela *American Law Institute*, organização de caráter privado respeitadas pela comunidade jurídica americana.

De acordo com o sistema unilateral, a lei aplicável à situação multiconectada apenas delimita o alcance espacial de aplicação das regras materiais do ordenamento jurídico onde vigora, assim como a lei do foro. A análise é feita a partir do resultado material. O método unilateral consiste no estudo da situação concreta e os resultados que possivelmente seriam obtidos com a aplicação das leis em conflito são confrontados, para optar-se pela melhor decisão. Após as conclusões, orientadas com base na justiça social, nos propósitos das leis, com o peso dado aos valores que cada lei representa, decide-se qual delas será aplicada. Busca-se a proteção mais adequada à parte prejudicada. De acordo com o alcance territorial das normas jurídicas considera-se o resultado e não o método aplicado na escolha da lei, como fazem os europeus.

Este sistema é o empregado na doutrina e jurisprudência americana. Prevalece aqui o interesse dos Estados. Os tribunais americanos visam a proteção das vítimas de situações multiconectadas.

Em 1971 ocorreu a revisão do *Restatement*, que optou por um sistema híbrido para a resolução de conflitos de leis. Foi adotado o princípio da Proximidade, também chamado de “Princípio dos vínculos mais estreitos”. Convencionou-se a busca por um equilíbrio entre as antigas regras bilaterais e a necessidade de soluções materiais. Esta revisão resultou nos princípios do *Restatement 2nd*, criticado por conduzir a decisões inconsistentes.

Na maioria das vezes, esse novo método foi aplicado em ações de responsabilidade civil por ato ilícito, visando a proteção da vítima. Isto provocou uma divergência entre o sistema europeu e o americano, resultando no surgimento de novas regras, que viabilizaram o pluralismo de métodos.

O surgimento de regras materiais de conflitos em convenções internacionais e nos ordenamentos jurídicos de países europeus demonstra esta mudança, considerada uma das principais características do atual DIPr. A jurisprudência americana estabeleceu a regra da conexão dos vínculos mais estreitos para os contratos internacionais e esta regra foi aceita na Europa. Os Estados Unidos passaram a aceitar as regras conflituais e a Europa passou a utilizar os critérios de justiça material.

4. OS LIMITES À APLICAÇÃO DA LEI ESTRANGEIRA

A aplicação de lei estrangeira à resolução de lides ocorridas em decorrência de contratos internacionais, seja por opção das partes ou em virtude da indicação da norma conflitual, pode ser obstada em razão da exceção de ordem pública. Neste caso afasta-se a aplicação da lei designada, pois a sua utilização acarretaria um resultado incompatível com a ordem pública do foro. Este é o efeito negativo da regra, que levará ao efeito positivo, que será a aplicação da regra adequada à situação, que nem sempre será a *lex fori*, podendo ser aplicada outra regra material à espécie.

A norma estrangeira designada também poderá ser afastada se existirem normas imperativas ou de aplicação imediata que impeçam o seu uso. As normas cogentes ou imperativas, quando aplicadas no direito interno, também regulam as relações entre particulares. O interesse público não pode ser afastado pela vontade das partes. A intervenção do Estado nas relações contratuais, não obstante constituídas entre particulares, mas com interesse público evidente, vêm ensejando a mitigação do princípio da autonomia privada no direito interno brasileiro.

O Estado impõe normas cogentes para estabelecer o equilíbrio das relações e a coerência do ordenamento jurídico interno, como por exemplo, com a lei que instituiu o CDC, e com as normas que regem o direito de família.

As normas de aplicação obrigatória também poderão afastar a aplicação da lei estrangeira nos contratos internacionais, mas o sentido, o alcance e o limite de sua intromissão são controvertidos.

A exceção de ordem pública constitui exceção *a posteriori* da aplicação da regra de conflito, utilizando-se primeiro as regras de conexão. Elege-se a lei aplicável pelo método

tradicional, e caso a sua aplicação contrarie a ordem pública, será afastada. As normas de aplicação imediata passam a valer sem que anteriormente se aplique o método conflitual. Neste caso, considerando-se a importância dos interesses envolvidos, a *lex fori* deve ser aplicada de plano. Aqui prioriza-se a necessidade de preservação de uma legislação de cunho imperativo, e a sua utilização deve ser imprescindível à coerência do sistema jurídico como um todo.

Uma das características da ordem pública consiste em seu caráter relativo, contemporâneo e mutável, cabendo ao juiz decidir a respeito de sua relevância no caso concreto, determinando os casos em que ela não pode ser afastada. Isto lhe confere um poder discricionário muito grande, trazendo incertezas. Fica muito difícil estabelecer um padrão de previsibilidade e segurança jurídica, tão fundamentais ao livre desenvolvimento do comércio internacional.

Diante da impossibilidade de prévia determinação acerca da imperatividade da norma, a questão permanece sem solução. As mudanças temporais e espaciais por que passam os sistemas jurídicos e a subjetividade da questão a tornam bastante controversa e complexa. Busca-se um critério para a definição da norma imperativa, que pode socorrer-se dos direitos fundamentais como um norte, já que a ordem pública e as normas de caráter imperativo estão subordinadas aos critérios de proteção garantidos pelos direitos fundamentais.

A uniformização de normas materiais aplicadas internacionalmente, aliada à maior incidência de utilização do instituto da arbitragem para dirimir as questões internacionais podem afastar o surgimento deste problema. A livre escolha da legislação aplicável surge como uma alternativa, afastando a instauração da controvérsia a respeito da norma de ordem pública, que confere ao judiciário um poder sem fronteiras.

O Ministro Marco Aurélio de Mello, em carta rogatória, votou favoravelmente à concessão pelo STF de *exequatur* em medida de caráter executório. Seu voto foi a favor da citação de cidadão aqui domiciliado em virtude de ação movida nos Estados Unidos que buscava a cobrança de dívida de jogo. Na medida em que a lei brasileira não permite cobrança de dívida de jogo, anteriormente o STF havia indeferido pedidos desta natureza por considerá-los contrários à ordem pública brasileira. A fundamentação se deu no sentido de que indeferir o pedido acarretaria enriquecimento indevido, bem como o desrespeito à boa-fé, que também contrariam à ordem pública.

Este voto enfatiza e privilegia o papel brasileiro perante as demais nações soberanas. A clara preocupação em também respeitar o direito dos demais países privilegia princípio basilar de DIPr, qual seja, o *comitas gentium* (cortesia internacional). Porém, deixar questão tão subjetiva nas mãos do Poder Judiciário parece não conferir a desejada segurança jurídica.

No caso citado foi aplicado o art. 9º da LICC (atual LINDB) que indicava a lei estrangeira como aplicável, não tendo ela sido afastada em virtude da exceção da ordem pública brasileira. Respeitou-se aqui o direito estrangeiro aplicável, sem nenhum prejuízo à soberania interna do país. Não se conferiu proteção descabida ao mau pagador, implementando-se a justiça. Levou-se em consideração a cortesia internacional. A parte inconformada agravou e o recurso foi apreciado pelo STJ em 2008, em virtude da EC 45/04.

O relator, em seu voto, mencionou o voto do Min. Marco Aurélio e ponderou que “não cabe ao STJ imiscuir-se no mérito da ação, mas apenas que o ato rogado seja passível de cumprimento em nosso território, sem violação à soberania nacional e à ordem pública”. Os outros Ministros acompanharam o voto. O STJ sinalizou no sentido de uma mente sensível à contratação internacional e ao respeito às leis dos outros países.

A generalidade das normas de DIPr leva também a necessidade de interpretação baseada na argumentação, em virtude das inúmeras lacunas, que só podem ser preenchidas pelos princípios. Estes evidenciam os valores mais caros à sociedade, sendo considerados superiores às regras. As regras devem ser interpretadas à luz dos princípios. Deve-se interpretar a noção de ordem pública com base nos princípios constitucionais e na proteção à pessoa humana, assegurando-se que o princípio tenha primazia sobre a norma, dando sentido a elas.

O *leading case* a respeito do assunto ocorreu em 1972, nos Estados Unidos, no caso Bremen x Zapata. Na ocasião a Suprema Corte americana afirmou que as partes em um contrato internacional poderiam validamente estipular dispositivos que, em um ambiente nacional, seriam proibidos. O objetivo a ser perseguido seria minimizar os riscos, maximizar os direitos, otimizar os resultados e evitar a formal disputa jurisdicional.

Nos contratos internacionais, a aplicação dos princípios gerais de direito internacional ganha relevo em detrimento da normatização específica de cada país. Prova disso é a recente uniformização do DIPr, tanto em suas regras materiais, como a Convenção de Viena e as regras do UNIDROIT, quanto na uniformização de regras formais como as Convenções de Roma (Convenção Europeia sobre a lei aplicável às obrigações contratuais) e do México (Convenção Interamericana sobre o Direito aplicável aos Contratos Internacionais).

Existem propostas de uniformização sob a forma de convenção normativa, como a Convenção das Nações Unidas sobre a Compra e Venda Internacional (CISG) e as regras do UNCITRAL (Comissão das Nações Unidas para o direito comercial internacional, que regula o direito uniforme sobre a compra e venda internacional de mercadorias), que são aplicados aos contratos entre as partes cujos estabelecimentos situem-se em estados-partes da convenção ou quando as regras de DIPr a indicarem como lei aplicável.

A CISG é a mais bem sucedida lei uniforme sobre trocas mercantis. Ela reuniu, em um único instrumento internacional, as matérias tratadas nas duas convenções da Haia de 1964 (ULFC – *Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods*, e ULIS – *Uniform Law for the International Sale of Goods*). Estes instrumentos correspondem, respectivamente, à formação dos contratos de compra e venda internacional e às obrigações das partes nestes contratos.

A CISG apresenta como principais vantagens a previsibilidade e segurança jurídica. A adoção de um único sistema jurídico pelos países envolvidos no comércio internacional, sem nenhum prejuízo à sua soberania e sem modificações de seus direitos internos confere segurança aos contratantes. Considere-se ainda o fato de a CISG ser um instrumento de *hard law*, cuja efetividade das sanções é garantida pela possibilidade de sua aplicação de pleno direito, tanto por tribunais arbitrais internacionais constituídos segundo a vontade das partes, quanto por cortes estatais de justiça comum.

A CISG é uma convenção que não privilegia nenhum sistema jurídico, muito menos interesses particulares dos países, o que lhe confere legitimidade internacional e credibilidade. Quanto menos se tem que recorrer aos ordenamentos jurídicos nacionais, diminui-se a necessidade de contratação de profissionais especializados em direito estrangeiro, conferindo maior eficiência às transações mercantis internacionais e menores custos.

A proposta de codificação não-normativa tem como exemplo os INCOTERMS e os princípios do UNIDROIT sobre os contratos.

A maior intervenção estatal justificou-se após a segunda guerra mundial, cujas consequências ensejaram a multiplicação de situações internacionais que exigiam a utilização das regras de conflitos. A descolonização, bem como a necessidade de reafirmação da soberania a qualquer custo justificaram uma extrema interferência estatal, cuja intensidade não se justifica nos dias atuais.

A intervenção mais acentuada dos Estados em seus territórios fez surgir a necessidade de mudanças no DIPr, que se flexibilizou ao conciliar as regras conflituais com regras materiais editadas em larga escala, mundialmente respeitadas. As normas extra-estatais reafirmam uma nova configuração jurídica internacional, e o reconhecimento de que nenhum país próspero e civilizado pode se isolar da comunidade internacional sem acarretar sérias consequências em sua economia.

A noção de ordem pública é fundamental no equilíbrio da aplicação do método conflitual. O juiz precisa estabelecer critérios, estabelecendo uma análise que tenha como finalidade a busca do equilíbrio interno e externo, com a noção de que não existe uma lei melhor do que a outra, mas a lei mais adequada ao caso concreto, sem que isso atinja a soberania nacional dos países envolvidos.

A nova configuração internacional, de interdependência entre as economias dos diversos países, acarretou uma transformação na forma pela qual as nações soberanas lidam com a repercussão de suas decisões no âmbito internacional. Atualmente, uma crise em um país pode propagar-se com uma velocidade impressionante, transformando-se rapidamente em uma crise econômica mundial. Alguns temas como a preservação do meio ambiente, energia, petróleo e gás, adquiriram caráter prioritário na pauta mundial. A noção de territorialismo constitui a estrutura do sistema, porém, a cortesia passou a integrar o revestimento externo das relações internacionais, como uma forma delicada de evitar-se a intervenção estatal no DIPr, sem que haja grande utilidade para o equilíbrio do direito interno de um país.

As sociedades contemporâneas encontram-se em um patamar de desenvolvimento e interação que impõe a necessidade de utilização da hermenêutica jurídica baseada em princípios. No Brasil, a retrógrada lei de DIPr de 1942 causa perplexidade e exige modificação com urgência, uma vez que não foi recepcionada pela Constituição de 1988, posto que viola princípios fundamentais, tema que será analisado com profundidade no capítulo III.

5. A AUTONOMIA PRIVADA NA TEORIA GERAL DO DIREITO

Com relação aos contratos celebrados internamente, a autonomia privada consubstancia-se na liberdade de contratar ou não. Optando por contratar, deliberam as partes o que bem entenderem, desde que tenham capacidade (aptidão para provocar o nascimento de um direito ou para se obrigar perante terceiros) e que o objeto do contrato seja lícito (não proibido por lei). Os contratantes buscam os efeitos tutelados pela ordem jurídica através de declaração de vontade, que no contrato é um concurso de vontades. A liberdade de contratar

abrange três aspectos: a liberdade de contratar propriamente dita, a liberdade de estipular o contrato e a liberdade de estipular o conteúdo do contrato, respeitando as normas inderrogáveis pela vontade das partes (normas de ordem pública e imperativas).

A visão moderna de liberdade consagra o princípio do livre arbítrio, que constitui uma qualidade da vontade, ou seja, o poder da vontade determinando a formação do contrato.

Para o DIPr tornou-se fundamental a classificação da autonomia privada como expressão de direitos subjetivos ou direitos objetivos, de acordo com duas correntes opostas de pensamento. Antes de sua consagração pelas legislações internas dos países, a autonomia privada consubstanciou-se pela utilização da teoria da livre criação dos direitos subjetivos. Prevalcia a noção de que o poder conferido a cada pessoa permitia o predomínio de sua vontade. Por esta teoria a escolha pelas partes da lei aplicável ao seu contrato internacional decorria de seus direitos subjetivos, implícita em seus direitos privados. Modernamente se entende que a vontade nesse caso tem por finalidade descartar disposições imperativas da lei normalmente aplicável.

Outra corrente de pensamento considerava que a autonomia privada decorria dos direitos objetivos. O direito subjetivo era definido como o poder da vontade e soberania da vontade, mas ambos eram concedidos, condicionados e limitados pelo direito objetivo. Modernamente se entende que a vontade aqui teria uma função de conexão, constituindo um indício de qual lei teria sido eleita pelas partes para reger o contrato.

Na ordem internacional a autonomia das partes tem o sentido de liberdade das partes para escolher o sistema jurídico que será aplicado ao seu contrato. A autonomia privada como regra de conexão está avançando para outras áreas além da contratual, especialmente em matéria de família e sucessões.

A legitimação da autonomia privada no DIPr por convenções internacionais esvaziou bastante a discussão a seu respeito no plano internacional. Estes novos diplomas influenciaram a legislação interna da maioria dos países, que permitem expressamente a autonomia, prescindindo de justificativa perpetrada pelos teóricos dos direitos subjetivos e objetivos. Infelizmente, no Brasil, a questão ainda não foi pacificada, em virtude do entendimento pela vigência de uma lei arcaica, contrária à Constituição. Apenas nos contratos com cláusula compromissória a questão teve legislação expressa (artigo 2º da Lei 9307/96 – lei de arbitragem) reconhecendo a sua autonomia.

6. AS CONVENÇÕES DE HAIA SOBRE OS CONTRATOS INTERNACIONAIS

A Conferência Permanente de Direito Internacional Privado, sediada na Haia, é uma instituição dedicada exclusivamente ao estudo e desenvolvimento da codificação uniforme do DIPr., e o faz através da elaboração de convenções. O princípio da autonomia privada permeou as convenções de direito contratual elaboradas pela Conferência de Haia de Direito Internacional Privado. Tais convenções são:

- Convenção sobre a Lei Aplicável às Vendas de Caráter Internacional de Objetos Móveis (1955). Esta Convenção foi a pioneira em estabelecer a autonomia privada como elemento de conexão principal na escolha da lei aplicável ao contrato em seu artigo 2º, § 1º. A única limitação à regra da autonomia é a estabelecida pelo artigo 6º (o respeito à ordem pública). As partes podem escolher o direito de apenas um país. Quando as partes não fazem a escolha, designa-se a lei da residência habitual do vendedor. Trata-se de benefício injustificado, que foi severamente criticado.
- Convenção sobre a Transferência da Propriedade (1958)
- Convenção sobre a Lei Aplicável aos Contratos de Intermediários e Representação (1978)
- Convenção sobre a Lei Aplicável aos Contratos de Venda Internacional de Mercadorias (1986). Esta Convenção tinha o escopo de atualizar a Convenção de 1955. Sua elaboração coincidiu com a elaboração da Convenção de Viena sobre a Compra e Venda Internacional, da UNCITRAL (1980) e concluiu-se que ela deveria coadunar-se com seus termos. Não chegou a entrar em vigor.

No que dizia respeito à autonomia privada, ficou estabelecido em seu artigo 7º que a lei aplicável ao contrato seria aquela escolhida de forma expressa e inequívoca pelas partes no contrato. A escolha poderia ser em relação a todo o contrato ou apenas a uma parte. Se não houvesse escolha definida, o critério utilizado seria o da aplicação da lei do estabelecimento do vendedor no momento em que o contrato fosse concluído (art.8º), com algumas exceções (art 8º, § 2º). Seguiu os moldes da convenção de 1955. Sua única alteração foi inspirada na Convenção de Roma de 1980 e determinava a aplicação do método dos vínculos mais estreitos quando a escolha da lei não tivesse sido feita pelas partes (art. 10, alínea 3). No artigo 12 ficou estabelecido o domínio de aplicação da lei, limitando-os apenas quando contrários à ordem pública (artigo 18).

A importância de tais Convenções, apesar de sua pequena aceitação, foi a de influenciar a legislação posterior, interna e internacional. Foram pioneiras na introdução do princípio da autonomia privada, especialmente a de 1955.

7. A CONVENÇÃO DE VIENA DE 1980 DA UNCITRAL/CNUDCI SOBRE COMPRA E VENDA INTERNACIONAL

Em 1966, a ONU criou a Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (CNUDCI/UNCITRAL), com o intuito de regular a legislação do comércio internacional.

Em 1980, a Convenção para a Compra e Venda Internacional de Mercadorias foi assinada. Permanece em vigor desde 1º de janeiro de 1988 e entre os países signatários, incluem-se Argentina, Chile, Equador, México, Venezuela e Uruguai). No Brasil o Congresso Nacional aprovou o texto da Convenção de Viena através do Decreto Legislativo número 538 de 19/10/2012, que ainda aguarda sua ratificação pelo Poder Executivo.

A Convenção de Viena tem o mérito não ignorar as regras de direito interno dos países. Ela prioriza a proteção do acordo entre as partes e a liberdade, sem interferir nas relações entre compradores e vendedores.

De acordo com o estatuído em seu artigo 6º, as partes podem escolher se utilizarão ou não a Convenção, ou se pretendem utilizar apenas uma parte dela. Esta regra consagra de vez a autonomia privada.

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

Analisemos algumas hipóteses, considerando a inexistência de escolha da lei aplicável ao caso ou expressa exclusão da aplicação da Convenção:

Situação 1: dois contratantes de diferentes países que ratificaram a Convenção. Esta será aplicável por constituir lei uniforme.

Situação 2: Um dos países ratificou a Convenção e o outro não o fez. A Convenção somente será aplicada a este contrato se as regras de DIPr indicarem como lei aplicável a do país que ratificou a Convenção. Caso as regras de DIPr indiquem a lei do país que não a ratificou a Convenção não será aplicada, a não ser que a legislação daquele país tenha consagrado a autonomia privada, permitindo a escolha da lei.

Situação 3: Se ambos os países contratantes não forem signatários da Convenção, a sua aplicação será afastada, a não ser que, de acordo com a amplitude do conceito da autonomia privada das partes no país no qual a questão será aplicada, as partes façam expressa opção por ela no contrato. Caso o país não adote o princípio da autonomia privada, aplica-se ao caso a regra de DIPr pertinente.

De acordo com o seu artigo 1º, aplica-se a Convenção de Viena apenas às transações comerciais internacionais. Ela é aplicada sempre que as partes do contrato possuem o seu estabelecimento em Estados diversos ou quando as regras de DIPr de um deles assim o determinar. A principal razão da Convenção é a substituição de diversas leis internas por uma legislação internacional uniforme, conferindo flexibilidade à aplicação de suas regras através do respeito aos usos e costumes dos países contratantes (art. 9º).

8. A CONVENÇÃO DE VIENA NO MERCOSUL

O bloco do Mercosul constitui uma organização intergovernamental entre Brasil, Argentina, Uruguai, Venezuela e Paraguai. Este último foi suspenso temporariamente do bloco em razão do *impeachment* do ex-presidente Fernando Lugo. A suspensão ocorreu entre junho de 2012 e abril de 2013, quando se realizaram novas eleições. Em 15 de agosto de 2013, foi feita a reintegração do Paraguai ao bloco, em virtude da posse do novo presidente eleito, Horacio Cartes. Já se admite no Mercosul a necessidade da harmonização das regras contidas nos ordenamentos jurídicos dos países partes. A adoção do princípio da autonomia privada por esses países representaria um grande avanço para o comércio intrarregional e com os países de fora do bloco.

No Mercosul a Convenção de Viena já está vigorando na Argentina e no Uruguai. No caso de a legislação de DIPr do Brasil e do Paraguai indicarem como aplicável o direito argentino ou uruguaio ela será aplicada nestes países também, mesmo ainda não tendo ratificado a convenção. No Brasil aguarda-se a ratificação do Decreto Legislativo 538 pelo Poder Executivo.

9. PRINCÍPIOS UNIFORMES DOS CONTRATOS COMERCIAIS INTERNACIONAIS ELABORADOS PELO UNIDROIT

O Instituto para a Unificação do Direito Privado – UNIDROIT – foi criado em 1926 pela Liga das Nações, com o objetivo de uniformizar a legislação de Direito Privado.

Neste contexto, elaborou as convenções sobre lei uniforme sobre a compra e venda (1964), que foram posteriormente substituídas pela Convenção de Viena. Em 1994 finalizou e publicou um projeto sobre “*Princípios para os contratos Comerciais Internacionais*”.

Tais princípios dependem da escolha expressa das partes e da existência de cláusula arbitral para a sua aplicação, uma vez que a autonomia das partes implica na escolha de uma lei nacional. Os princípios não estão em vigor em nenhum ordenamento jurídico vigente e dependem da escolha das partes para ser aplicados. A escolha destes princípios como lei aplicável pode não ser aceita por algum Tribunal nacional que considere que a melhor opção seria a aplicação de suas próprias regras de conexão.

As críticas em virtude da desnacionalização dos contratos pelos Tribunais Arbitrais atribuem incertezas e arbítrio a tais decisões. Mas esta crítica pode fortalecer ainda mais a aplicação dos Princípios, considerados como um conjunto de normas de forma definida e sistemática, que contêm soluções engenhosas para situações complexas. Em alguns casos as soluções dadas pelas legislações nacionais podem não ser satisfatórias para as partes, que optam por este conjunto de princípios.

De acordo com o que diz a Prof. Nadia Araújo³:

De notar que o estudo dos Princípios adquire maior relevância para o direito brasileiro em face da Lei 9307/96, sobre arbitragem.

Com a permissão dada pelo seu artigo 2º, permitindo expressamente a desnacionalização da lei aplicável, inclusive para os contratos internos, poderiam os *Princípios* popularizar-se entre nós, e constituir uma alternativa válida, especialmente nos contratos de longa duração, em que a falta de definição para a cláusula de hardship faz falta no ordenamento jurídico brasileiro.

A utilização dos *Princípios* em procedimentos arbitrais realizados no Brasil, a par da permissão da nova lei, poderia trazer importante contribuição para a consolidação da *lex mercatoria*, não só no plano internacional, como interno, demonstrando que os *Princípios*, nascidos a partir de uma concepção universal, estariam deitando raízes em situações de cunho eminentemente interno.

A cláusula de hardship permite a renegociação de algumas cláusulas do contrato em caso de modificações imprevisíveis e inevitáveis que causem desequilíbrio econômico do contrato, criando para uma das partes dificuldades injustificadas e para o seu cumprimento, ainda que ele seja possível

10.O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA COMO MEIO DE DETERMINAR A LEI APLICÁVEL AOS CONTRATOS INTERNACIONAIS E OS LIMITES À APLICAÇÃO DA LEI ESTRANGEIRA

³ ARAÚJO, Nadia de. *Contratos Internacionais: Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais*, 4a edição, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2009, pags 155 e 156

A aplicação do princípio da autonomia privada aos contratos internacionais no direito brasileiro passou por várias fases. No século XIX tivemos a leitura sob a influência do liberalismo, seguida pela eliminação das liberdades pela ditadura. Atualmente adotamos uma releitura do tema em virtude da lei de arbitragem (Lei 9307/96), da Constituição da República de 1988 e do Decreto Legislativo 538/2012 (ainda não ratificado). Tais diplomas legais conferiram um respaldo para a defesa da corrente que admite a autonomia privada no direito interno e na legislação de DIPr. brasileira.

A possibilidade de eleição do direito aplicável aos contratos internacionais continua causando polêmica na doutrina, mas sempre com poucos registros de debates jurisprudenciais sobre o assunto.

No século XIX, dois juristas de expressão escreveram sobre a matéria: Pimenta Bueno e Teixeira de Freitas. Em 1899, Clovis Bevilacqua elaborou o Projeto de Código Civil, editado em 1916 e em vigor desde 1917, e com ele a Lei de Introdução, relativa ao Direito Internacional Privado (Lei 3071 de 01/01/1916). Tal lei seguia o modelo alemão. Esta LICC foi posteriormente substituída pelo Decreto Lei 4.657 de 04/09/1942. Em 2010 a nomenclatura da LICC foi substituída, por força da Lei 12.376/2010, que passou a chamá-la de Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

Para Bevilacqua, a consequência do *dépeçage* era que a escolha da lei aplicável a vontade das partes só podia ser exercida com relação à substância e aos efeitos do ato. Com relação à capacidade era preciso determinar o estatuto pessoal de cada parte. Com relação à execução, vigorava a lei do local da celebração do contrato, salvo estipulação em contrário ou quando esta regra fosse ofensiva ao direito nacional do contratantes ou à ordem pública.

No tocante ao direito das obrigações, a doutrina clássica sofria influência do liberalismo individualista, que se estendeu durante o século XIX e no início do século XX. Clóvis Bevilacqua afirmou expressamente⁴ a possibilidade da escolha do direito aplicável às obrigações no direito interno brasileiro, respeitando-se os limites impostos pela ordem pública.

O principal argumento utilizado por aqueles que afirmam que a autonomia privada não é admitida na legislação brasileira é a supressão da expressão “salvo disposição em contrário”, que existia na redação do artigo 13 da Lei 3.071/16, que foi suprimida na redação do DL 4.657/42, em seu artigo correspondente, o 9º.

⁴ BEVILACQUA, Clovis. *Princípios Elementares de Direito Internacional Privado*, 4a edição, Rio de Janeiro, Livraria Editora Freitas Bastos, 1944.

O artigo 13 da referida Lei de Introdução ao Código Civil (Lei 3.071/16) dizia:

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

§ 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.

11. OS ARTS 9º E 17 DA ATUAL LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO (DL 4657/04/09/1942).

O século XIX propiciou a expansão do capitalismo e da livre iniciativa, o que conferiu elementos de modernidade ao contrato, que ficou mais simples e eficaz, atendendo aos interesses das partes. Já no século XX houve a modificação de princípios clássicos como a autonomia privada e a liberdade contratual em virtude da ascensão do dirigismo contratual, característico do Estado Social, impondo a noção de ordem pública como a antítese da liberdade.

A Lei de Introdução ao Código Civil de 1942 (atual LINDB) estatuiu em seu artigo 9º que:

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

§ 1º. Destinando-se a obrigação a ser executada no brasil e dependendo de forma especial, 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”.

Em razão da redação deste dispositivo, que suprimiu da redação do artigo 9º a expressão “salvo disposição ao contrário” constante do artigo 13 da antiga Lei de Introdução, três correntes de pensamento se formaram:

- A primeira corrente sustenta que a lei de 1942 eliminou a possibilidade de eleição pelas partes do direito aplicável ao contrato. Alegam que inexistente no ordenamento jurídico brasileiro normas que justifiquem a autonomia. Entre os partidários desta

corrente encontramos Maria Helena Diniz⁵, João Grandino Rodas⁶, Nadia Araújo⁷ e Jacob Dolinger⁸.

- A segunda corrente é mais conciliatória, não negando totalmente a autonomia privada. Afirma sua existência, porém de forma indireta e restrita ao universo das normas supletivas. Afirma que a omissão legislativa não suprimiu a autonomia privada, mas aceita a sua aplicação quando autorizada pela lei do local da celebração do contrato, indicada na forma do art. 9º da LICC, nos limites das normas imperativas ou de ordem pública. São adeptos desta corrente Serpa Lopes,⁹ Oscar Tenório¹⁰, Luis Olavo Batista¹¹ e Irineu Strenger¹²
- A terceira corrente afirma que a autonomia privada permaneceu no direito brasileiro sem jamais ter enfraquecido e que o artigo 9º da LICC não proibiu a escolha da lei aplicável ao contrato.¹³

Jacob Dolinger reforçou o que sustentava Haroldo Valladão, no sentido que o artigo 9º da LICC de 1942 (LINDB) deve ser interpretado como favorável à teoria da autonomia privada, por força do disposto em seu artigo 9º, § 2º¹⁴ e do artigo 42 do Código Civil de 1916¹⁵. Reforçava seus argumentos com as inúmeras convenções internacionais no sentido da autonomia contratual para a escolha da lei aplicável, com a assinatura pelo Brasil da Convenção do México de 1994 e do consenso internacional neste sentido.

Lauro da Gama e Souza Jr., em seu texto “Autonomia da vontade nos contratos internacionais no Direito Internacional Privado brasileiro: Uma leitura constitucional do artigo 9º da Lei de Introdução ao Código Civil em favor de da liberdade escolha do direito aplicável” rebate tais argumentos de Valladão, em virtude do contexto jurídico em que foi editada a LICC de 1942. Alega que, em um sistema jurídico legalista, a omissão do legislador lhe pareceu eloquente, desautorizando a autonomia privada.

⁵ Diniz, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Interpretada*. 1996, p. 254-6

⁶ Rodas, João Grandino. Elementos de conexão do direito internacional privado brasileiro relativamente às obrigações contratuais, in Rodas, João Grandino (coordenador). *Contratos Internacionais*, 2002, p 59

⁷ ARAÚJO, Nádia. *Contratos Internacionais- Autonomia da vontade, mercosul e convenções internacionais*, 2004, p.118

⁸ DOLINGER, Jacob. *A evolução da ordem pública no Direito Internacional Privado*, 1979, p. 205

⁹ LOPES, Miguel M. Serpa. *Comentários teórico e prático da Lei de Introdução ao Código Civil*, 1944, v.2, p. 315-7

¹⁰ TENÓRIO, Oscar. *Lei de introdução ao Código Civil Brasileiro*, 1955, p.328-9

¹¹ BAPTISTA, Luis Olavo, *Dos Contratos Internacionais – Uma visao teórica e prática*, 1994, p 48-9

¹² STRENGER, Irineu, *Direito Internacional Privado*, 2000, p. 658

¹³ VALADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*, 1980, vol, p 366-7

¹⁴ § 2º. “A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.”

¹⁵ Artigo 42 – “Nos contratos escritos poderão os contraentes especificar domicílio onde se exercitem e cumpram os direitos e obrigações deles resultantes.”

Referido autor, a despeito da supressão da mencionada expressão, sustenta a autonomia com base em uma reinterpretação do artigo 9º, à luz da Constituição de 1988.

Diz o artigo 17 da LINDB: “Art. 17: As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.”

Este artigo confere amplos poderes ao juiz, uma vez que cabe a ele verificar se a aplicação de lei estrangeira é compatível com os princípios fundamentais, se é ou não ofensiva à soberania nacional, à ordem pública e aos bons costumes. Note-se que são conceitos jurídicos indeterminados, amplamente subjetivos.

12.A LEI 9307/96 E A AUTONOMIA PRIVADA NOS CONTRATOS SUBMETIDOS À ARBITRAGEM

Toda essa controvérsia acerca da autonomia privada nos contratos internacionais não despertou o debate nos Tribunais, inexistindo posicionamento jurisprudencial no Brasil sobre o tema. O clima é de incerteza e insegurança e este panorama precisa ser modificado.

A jurisprudência sobre a aplicação do artigo 13 da antiga LICC (Lei3071/16), bem como do artigo 9º da atual LINDB é bastante escassa. Na maioria dos casos os juízes aplicavam a lei brasileira, em virtude das exceções contidas no § único do artigo 13. Decidia-se pela vigência da lei brasileira mesmo quando o contrato fosse celebrado em país estrangeiro e as partes escolhessem outra lei a ser aplicada. Sempre que os contratos fossem exequíveis no Brasil a lei brasileira era considerada como a *lex contractus*. Em resumo, aos poucos casos existentes sobre conflitos de leis relativos aos contratos internacionais foi aplicada a regra da *lex loci celebrationis*, estabelecida no art 9º, *caput*, LINDB, sem que se discutisse a respeito da autonomia das partes na escolha da lei aplicável.

Ao que parece, os Tribunais estão tratando a matéria exatamente como antes de 1942. A regra geral brasileira é a do local da celebração do contrato, mas a regra do local da execução tem predominado na jurisprudência, em virtude da interpretação que leva à conclusão de que se somam às regras do local da celebração as regras do local da execução. Os litígios são mais comuns no local da execução do contrato, por coincidir na maioria das vezes com o local do domicílio, bens e estabelecimento comercial do devedor, o que torna este local mais adequado para que ele honre os compromissos.

Por fim, o STF decidiu, no R.E. 93.131 MG,¹⁶ pela aplicação da regra do artigo 9º (lei do local da celebração do contrato) e essa decisão foi contra a autonomia privada. O Min. Amílcar de Castro posicionou-se contrariamente à autonomia das partes, como vem acontecendo nos litígios que versam sobre contratos internacionais no Brasil.

Já nos contratos internacionais sujeitos à arbitragem, a questão foi resolvida com o advento da Lei 9.307/96, que em seu artigo 2º diz:

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

§ 1º. Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação dos costumes e à ordem pública.

§ 2º. Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

No direito brasileiro é o modo de solução de controvérsias (arbitragem) que determina a aplicação da autonomia privada, não a natureza contratual da relação jurídica. De acordo com o artigo 2º da referida lei, a autonomia privada é aplicada não somente aos contratos internacionais, mas também aos contratos de direito interno submetidos à arbitragem, o que constituiu verdadeira revolução no direito interno. Permite-se às partes, em contrato nacional ou internacional estipular na convenção arbitral o direito aplicável, ou ainda determinar a aplicabilidade de princípios gerais de direito, bem como os usos e costumes. Também podem ser aplicados os “Princípios para os Contratos Comerciais internacionais” criados pelo UNIDROIT, em 1994, bem como a *lex mercatoria*, um direito comercial uniforme supranacional, o que constitui inovação do direito brasileiro.

A partir da lei 9.307/96, nos contratos internos e nos internacionais, é preciso harmonizar a cláusula arbitral, a cláusula da lei aplicável ao contrato e a cláusula de foro. A escolha pelas partes do Tribunal Arbitral traz a tão almejada segurança jurídica. A aplicação da nova lei é feita da mesma maneira tanto na arbitragem interna quanto na internacional.

De acordo com a lei de arbitragem, entende-se por convenção de arbitragem tanto a cláusula compromissória quanto o compromisso arbitral. A sua inclusão no contrato impõe às partes mais do que uma obrigação de fazer, podendo-se iniciar a arbitragem de forma compulsória, mediante requerimento do interessado. Tal requerimento dirige-se ao órgão competente do Poder Judiciário, que instituirá o juízo arbitral.

Quando não se trata de arbitragem, alguns advogados aconselham seus clientes a indicar como lugar da celebração do contrato o país cuja lei lhes seja conveniente, uma vez que será a regra aplicada na forma do artigo 9º da LINDB DE 1942. Fazem isso como forma de driblar

¹⁶ in RTJ 101/1.149

os riscos que decorrem da ausência de regra clara no ordenamento jurídico brasileiro sobre a eleição do direito aplicável ao contrato internacional.

O Projeto de Lei número 4.905/95 previa em seu artigo 11:

Artigo 11. Obrigações contratuais. As obrigações contratuais são regidas pela lei escolhida pelas partes. Essa escolha será expressa ou tácita, sendo alterável a qualquer tempo, respeitados os direitos de terceiros.

§ 1º Caso não tenha havido escolha ou se a escolha não for eficaz, o contrato seria regido pela lei do país com o qual mantenha os vínculos mais estreitos

§ 2º. Se uma parte do contrato for separável do restante, e mantiver conexão mais estreita com a lei de outro país, poderá esta aplicar-se em caráter excepcional.

§ 3º. A forma dos atos e contratos rege-se pela lei do lugar de sua celebração, permitida a adoção de outra forma aceita em direito, que tenha vinculação com o ato ou contrato.

§ 4º. Os contratos realizados no exterior sobre bens situados no país, ou direitos a ele relativos, serão registrados no Brasil desde que atendidos os requisitos de forma estabelecidos no parágrafo anterior.

Esse Projeto de Lei não saiu do papel. Em razão da falta de perspectiva de atualização da legislação do DIPr brasileiro a curto prazo, e com a perda da oportunidade de fazê-lo em conjunto com a modificação do Código Civil, mesmo diante do empenho de Jacob Dolinger e João Grandino Rosas (PL 4905/95), a questão deve ser analisada sob a ótica das regras e princípios da Constituição da República. O senador Pedro Simon tentou aprovar o PL citado sem sucesso.

Aos poucos a arbitragem começa a ser mais utilizada no âmbito do direito interno. No direito internacional, antes da lei de arbitragem procedia-se à dupla homologação do laudo arbitral, uma no Tribunal Judiciário ou órgão público equivalente na origem e depois pelo STF.

Considerando-se toda a argumentação exposta no presente trabalho, fica evidente que o tema tem sólidos fundamentos vinculados aos direitos e garantias fundamentais da atual CR. Deve ser feita uma leitura constitucional do artigo 9º da LINDB, que bastam para elidir posições hermenêuticas e jurisprudenciais que aparecerem. O ordenamento jurídico-constitucional dá amplo suporte à autonomia privada conflitual, tema a ser abordado no tópico seguinte.

13. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A autonomia privada é uma liberdade inserida no rol dos direitos fundamentais, e sua restrição sem expressa previsão legal, bem como sua restrição a partir de interpretação extensiva e desproporcional do artigo 9º da LICC, constitui séria violação ao texto constitucional, por infringir cláusula pétrea.

De acordo com o pensamento do Professor Lauro da Gama e Souza Jr.:¹⁷

As matrizes teóricas que apresentam a Constituição como um *sistema normativo aberto* dela extraem, além de regras, princípios iluminadores e balizadores da aplicação de toda a normativa infraconstitucional, concorrendo de modo determinante para a oxigenação do direito civil brasileiro e, em particular, de seu sistema contratual. Assim como outras Constituições progressistas, a brasileira conferiu importância destacada ao elenco de *direitos fundamentais*, dotando-os de eficácia imediata (artigo 5º, § 1º) e protegendo-os contra ameaças de supressão ou severo comprometimento, ainda quando advindas de emenda à Constituição (artigo 60, § 4º, IV).

O princípio da legalidade, um dos fundamentos do Estado constitucional de direito, deve ser analisado ao ser aplicado no campo do direito público e no campo do direito privado.

Aplicado ao direito público, o princípio da legalidade (artigo 37, caput da CR) vincula a conduta do administrador público à Constituição, como centro do direito moderno, não mais à lei. O princípio da legalidade desdobra-se e relaciona-se com outros princípios que regem a administração pública, quais sejam, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a razoabilidade-proporcionalidade.

Em relação ao direito privado, a autonomia privada e a livre iniciativa (artigos 1º, IV e 170, § único da CR) estão contidas na liberdade, que densifica o princípio da legalidade, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (artigo 5, II, CR).

A autonomia privada e a livre iniciativa refletem no domínio associativo, consagrando a liberdade de associação (artigo 5º, XVII) e a não-interferência estatal (artigo 5º, XVIII).

A autonomia privada e a autonomia pública (liberdade da vida em comunidade) constituem os alicerces da vida em liberdade e da dignidade da pessoa humana, integrando os direitos fundamentais e a democracia. A autonomia privada tem como fundamento e objetivo a pessoa humana (sujeito de direito).

De acordo com a lição de Lauro da Gama de Souza Jr.:

Mas o que é, ao certo, a autonomia privada? Singelamente, trata-se do poder reconhecido aos particulares de reger, por meio de atuação de sua própria vontade, as relações das quais pretendem participar, obrigando-se ao conteúdo contido nessa manifestação. Ou, na síntese feliz de J. Ascensão, “é o poder de dar-se um ordenamento.”

Sua expressão ocorre no espaço reservado às ações humanas de caráter voluntário, destinadas à auto-regulamentação dos interesses privados. Em termos funcionais, a autonomia privada desdobra-se em: (i) *autorização* conferida ao indivíduo para criar normas jurídicas vinculantes; (ii) *princípio informador* do sistema jurídico e ideia-diretriz de seu funcionamento; e (iii) *princípio hermenêutico*, que serve de guia para encaminhar as relações privadas diante das normas de caráter supletivo.

¹⁷ Artigo “*Autonomia da vontade nos contratos internacionais no Direito Internacional Privado brasileiro: Uma leitura constitucional do artigo 9º da Lei de Introdução ao Código Civil em favor da liberdade de escolha do direito aplicável*”, in TIBURCIO, Carmen e BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Internacional Contemporâneo – estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger*, Editora Renovar, Rio de Janeiro, São Paulo e Recife, 2006

O princípio da dignidade da pessoa humana constitui a base de nosso ordenamento jurídico. É a partir do ser humano e de suas necessidades que surgem o Estado e o Direito, que devem sempre estar a seu serviço.

Os direitos fundamentais também permeiam todo o ordenamento jurídico, que deve ser interpretado à luz de seus valores, tanto na esfera pública quanto na privada. Eles assumem o papel de direitos de defesa e protegem os cidadãos contra a intervenção do poder público, no sentido da não-impedimento à prática de determinado ato (autonomia privada e liberdade de locomoção), pela não-intervenção em situações subjetivas (proteção do direito adquirido) ou pela não-eliminação de posições jurídicas. Esta é a base da segurança jurídica, tema relevante para a autonomia privada. Como direitos de defesa os direitos fundamentais asseguram a liberdade individual e limitam o poder estatal. A regulação dos interesses privados, de caráter exclusivamente patrimonial não concerne ao interesse público e não deve sofrer restrições no âmbito da autonomia privada. A regulamentação desses interesses prescinde de atuação do Estado, para se assegurar a autonomia privada, da livre iniciativa e da livre concorrência. Ao Estado cabe apenas ater-se às normas imperativas e à exceção de ordem pública, para a proteção de valores e interesses da sociedade, conforme o estabelecido na constituição.

O princípio da unidade da constituição harmoniza os diversos direitos fundamentais e princípios contidos em seu bojo. As eventuais restrições às normas de direito fundamental devem levar em consideração a concordância prática entre esses diversos direitos e a ponderação dos valores de cada um em questão, através do princípio da proporcionalidade. Qualquer interferência legislativa deve buscar uma solução que otimize e prestigie os direitos ou princípios envolvidos. As limitações à autonomia privada sujeitam-se à reserva legal simples (artigo 5º, II, CR), uma vez que eventual restrição a ela deve estar expressamente prevista em lei. Inexistindo no ordenamento jurídico norma que proíba esta liberdade, qualquer restrição a ela é inconstitucional. Por esta razão, a interpretação extensiva do artigo 9º da LICC de 1942 (atual LINDB) viola o texto constitucional. Deve ser feita no caso uma interpretação conforme a constituição.

De acordo com os ensinamentos de Maria Celina Bodin de Moraes¹⁸:

É, contudo, evidente a insuficiência de se constatar meramente a transposição dos princípios básicos do texto do Código Civil para o texto da Lei maior. É preciso avaliar a mudança do ponto de vista sistemático, ressaltando que, se a normativa constitucional está no ápice de um ordenamento jurídico, os princípios nela presentes se tornam, em consequência, as normas

¹⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana – Estudos de direito civil-constitucional*. Rio, São Paulo, Recife e Curitiba, Editora Renovar, 2010. p. 73

diretivas, ou normas-princípio, para a reconstrução do sistema de direito privado. Não se sustenta tal perspectiva metodológica, contudo, tão-somente em virtude da construção hierarquicamente rígida dos ordenamentos assim constituídos; vai-se além, reconhecendo, ou pressupondo, que são os valores expressos pelo legislador constituinte que devem informar o sistema como um todo. Tais valores, extraídos da cultura, isto é, da consciência social, do ideal ético, da noção de justiça presentes na sociedade, são, portanto, os valores através dos quais aquela comunidade se organizou e se organiza. É nesse sentido que se deve entender o real e mais profundo significado, marcadamente axiológico, da chamada constitucionalização do direito civil.

Essa modificação da forma de interpretar e aplicar as normas de direito privado, consubstanciada em sua leitura constitucional e a extensão dos direitos humanos à ordem civil deu origem à expressão direito civil-constitucional.

Ainda de acordo com os ensinamentos da Professora Maria Celina Bodin de Moraes¹⁹:

A maior dificuldade do direito tem sido estabelecer um compromisso (pacto) aceitável entre os valores fundamentais comuns, aqueles adeptos a delimitar os enquadramentos éticos e morais nos quais as leis se inspirem, e os espaços de liberdade, os mais amplos possíveis, de modo a permitir a cada um a escolha de seus atos e a condução de sua vida particular, de sua trajetória individual, de seu projeto de vida.

O princípio da supremacia constitucional tem como consequência a validação das normas jurídicas mediante seu confronto com a Constituição. A doutrina e a jurisprudência também têm o papel de instrumento de controle de constitucionalidade de leis através da interpretação constitucional. Extrai-se do texto uma significação normativa harmônica com a constituição. Preserva-se o dispositivo com a interpretação que o compatibiliza com a constituição e invalida-se a interpretação que cause um conflito entre a lei e a carta magna. Em sua forma qualificada a interpretação conforme a constituição visa à proteção dos direitos fundamentais.

Com relação à interpretação do artigo 9º da LICC (atual LINDB), a que melhor se coaduna com a Constituição é aquela que consagra o pleno exercício da autonomia privada, permitindo às partes em um contrato internacional a escolha da lei que melhor atenda aos seus interesses em caso de conflito.

A interpretação vedatória da escolha da lei pelas partes em virtude de uma omissão legislativa acarretaria a supressão desproporcional de um direito fundamental em benefício da aplicação da lei do local da celebração do contrato, um interesse que sequer possui *status* constitucional. De acordo com o princípio da proporcionalidade o particular não deve ser submetido a intervenções desnecessárias e excessivas. Ele só deve ser onerado em razão da proteção do interesse público (princípio da proibição de excesso).

¹⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana – Estudos de direito civil-constitucional*. Rio, São Paulo, Recife e Curitiba, Editora Renovar, 2010. p.75

O princípio da dignidade da pessoa humana somente pode ser exercido em sua plenitude com base na noção de autonomia privada e pública. A tutela à pessoa lhe garante que lhe seja conferida a capacidade de decidir seu próprio destino. O Estado não deve reservar para si o papel de suprimir a esfera decisória do cidadão e sim dotar-lhes das condições para decidir.

A filtragem constitucional do artigo 9º da LICC exclui a vedação à autonomia privada por ser incompatível com o princípio da liberdade (artigo 5º, II da Constituição), assegurando a validade e eficácia da escolha das partes, feita de acordo com o sistema de DIPr por meio de cláusula legislativa implícita, conforme o artigo 5º, § 2º da Constituição e em respeito ao direito de autodeterminação da pessoa.

14.OS LIMITES DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS PRIVADAS

Como introduzido no item anterior, o princípio da liberdade, consubstanciado na autonomia privada e na livre iniciativa, também confere respaldo à livre concorrência. Neste diapasão, não se pretende que o Estado deixe de intervir nas relações privadas. Ele o faz, até para garantir a observância dos preceitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos, de evidente interesse público (social e coletivo).

Como exemplos da atuação estatal na esfera contratual, podemos considerar as normas imperativas do Código do Consumidor, as cláusulas gerais de boa-fé e da função social do contrato, bem como a ordem pública positiva.

De acordo com Ana Paula Martinez²⁰:

Uma política de não-intervenção no livre mercado não deve significar um aval a um mercado que perverte a liberdade. A Constituição Federal, art. 173, § 4º, exige da lei a repressão do abuso do poder econômico. Trata-se de peça importante para a livre concorrência, capaz de trazer saudáveis consequências para a produção e consumo.

E considere-se ainda, que eventuais abusos do poder econômico podem ser questionados nos Tribunais, a fim de que a liberdade não se transforme em anarquia. Busca-se com isso a efetividade do sistema. Deve-se priorizar o amadurecimento institucional por parte das autoridades e a disseminação dos valores da liberdade pelo país, assegurando-se a autonomia privada, livre iniciativa e a livre concorrência. Tal conceito de liberdade é aquele

²⁰ MARTINEZ, Ana Paula. *Histórico e Desafios do Controle de Concentrações Econômicas no Brasil.*, in GILBERTO, André Marques, CAMPILONGO, Celso Fernandes e Vilela, Juliana Girardelli (organizadores). *Concentração de Empresas no Direito Antitruste Brasileiro – Teoria e Prática dos Atos de Concentração*. São Paulo, Editora Singular, 2011

que incentiva as partes envolvidas a colaborar ao máximo na análise e solução dos eventuais problemas.

De acordo com as lições de Raquel Bellini de Oliveira Salles²¹:

O direito dos contratos oriundo da época das codificações, como expressão da autonomia privada, fundou-se sobre três princípios, tradicionalmente identificados na liberdade contratual *lato sensu*, na obrigatoriedade do pactuado e na relatividade dos efeitos contratuais.

Como bem observa Antonio Junqueira de Azevedo, contemporaneamente, diante do toque de recolher do Estado intervencionista, o jurista com sensibilidade intelectual percebe que está havendo uma acomodação das camadas fundamentais do direito contratual, algo como o ajustamento subterrâneo das placas tectônicas.

Nas palavras do autor, “estamos em época de hipercomplexidade, os dados se acrescentam, sem se eliminarem, de tal forma que, aos três princípios que gravitam em volta da autonomia privada e, se admitindo como princípio, ao da ordem pública, somam-se outros três – os anteriores não devem ser considerados abolidos pelos novos tempos mas, certamente, deve-se dizer que viram seu número aumentado pelos três novos princípios, quais sejam, a boa-fé objetiva, o equilíbrio econômico do contrato e a função social do contrato.”²²

A atual política dos Estados Democráticos inspira-se na solidariedade social e no princípio da dignidade da pessoa humana, o que tira a rigidez do princípio da obrigatoriedade, cujo limite deixa de ser apenas a impossibilidade absoluta da prestação, cedendo espaço para a revisão contratual no caso de a prestação se tornar excessivamente onerosa para uma das partes e para os novos princípios (boa-fé objetiva, equilíbrio econômico e o da conservação do contrato).

A obrigatoriedade de contratar é plenamente compatível com a liberdade de iniciativa. O conflito entre a atuação ou intervenção estatal e a autonomia privada é aparente. O nascimento da liberdade de iniciativa embasava a “ordem liberal”, constituindo um dos pilares da economia de mercado e do capitalismo.

Ressalte-se que, mesmo nos dias atuais, a liberdade de iniciativa é invocada para justificar pretensões de imunidade à legislação vigente ou à atuação da Administração Pública. Mas, como afirma Priscila Briolio Gonçalves²³, ela não é um direito subjetivo público ou natural, absoluto ou oponível a terceiros de forma indiscriminada (inclusive e

²¹ SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. *O desequilíbrio da relação obrigacional e a revisão dos contratos no Código de Defesa do Consumidor: para um cotejo com o código civil*. In TEPEDINO, Gustavo (organizador). *Obrigações – Estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro, São Paulo e Recife. Editora Renovar, 2005. p. 309

²² AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Princípios do novo direito contractual e desregulamentação do Mercado*. Revista dos Tribunais, n. 750, São Paulo, abril 1998, p.114

²³ GONÇALVES, Priscila Briolio. *A obrigatoriedade de contratar no direito antitruste*. São Paulo, Editora Singular, 2010, p 24

principalmente ao poder Público). Ainda segundo a autora, a expressão pode ser sinônima de “autonomia privada” mas não se confunde com “autodeterminação”.

A autora citada (nota de rodapé 22) diz na página 24:

Enquanto a autodeterminação “*assinala o poder de cada indivíduo gerir livremente a sua esfera de interesses*” e de orientar a própria vida de acordo com as suas preferências (representando, portanto, um valor absoluto da pessoa humana), a autonomia privada é “*um processo de ordenação que faculta a livre constituição e modelação de relações jurídicas pelos sujeitos que nelas participam*” e tem lugar sempre que e apenas quando “*o ordenamento (...) se abstenha de fixar, de forma impositiva, as regras a que devem obedecer as relações sociais, deixando essa tarefa à livre decisão dos que nelas intervêm...*”

A liberdade de iniciativa constitui um espaço de atuação livre e autônoma, mas delimitado conforme o ordenamento. Sua limitação é feita a partir de critérios, como deve ser no Estado Democrático de Direito. Os chamados “direitos naturais” (inerentes aos seres humanos) não devem ser suprimidos em nenhuma hipótese. Mas a liberdade na esfera econômica é regida pela autonomia privada e não pela autodeterminação.

15. CONCLUSÃO

A liberdade de contratar pode ser considerada um dos pilares do nosso sistema constitucional. Fazer valer esta liberdade confere às partes a possibilidade de atingir seus objetivos e diminuir a distância entre eles e o que realmente contrataram. As omissões e cláusulas mal redigidas possibilitam ampla interpretação, e a decisão acerca da lei aplicável em caso de conflito constitui fator decisivo para dirimir as controvérsias. O tema abrange o estudo das regras dispositivas e imperativas, da existência ou não de partes vulneráveis ou economicamente desfavorecidas e de inúmeras outras questões complexas, que devem ser avaliadas sempre à luz da Constituição. Do ponto de vista constitucional, a autonomia privada é um desdobramento do princípio da dignidade da pessoa humana, que norteia a nossa ordem jurídica. Respeitando-se esta premissa coloca-se o Estado a serviço dos cidadãos, e não o contrário.

A liberdade contratual tem passado por inúmeras transformações nos últimos tempos, com enorme repercussão na nossa doutrina e jurisprudência. A consagração do Princípio da Boa-Fé deixou de abranger apenas uma concepção subjetiva, reveladora de um estado psicológico do contratante, para incluir também sua concepção objetiva. A boa-fé sob uma acepção subjetiva acarretava consequências jurídicas para a parte que a demonstrasse em algumas hipóteses escolhidas pelo legislador. Em situações excepcionais o juiz poderia levar em conta indícios de que o sujeito estava de boa-fé para conferir-lhe alguns direitos.

O Princípio da Boa-Fé Objetiva constitui uma releitura da maneira de se entender a boa-fé atualmente. O juiz analisa o caso levando em consideração apenas o comportamento exteriorizado pelo sujeito, sem investigar seu estado psicológico. Cria-se um padrão de conduta exigível pra qualquer contratante, um dever-ser. A boa-fé transformou-se em um princípio de direito.

O Princípio da Boa-Fé determina um comportamento leal, adequado, uma eticização das relações contratuais. Essa avaliação reforça a construção de um sistema que torna a confiança em um valor jurídico.

Vivemos em uma sociedade na qual não temos condições de averiguar os detalhes de tudo aquilo de que dependemos. Não temos condições de conhecer todos os aspectos dos serviços e produtos que adquirimos. Não investigamos se os prepostos das empresas têm legitimidade para ocupar as posições que desempenham. Por isso criou-se a teoria da aparência, para dar solução jurídica a algumas situações nas quais somos induzidos a erro. Nós precisamos confiar e o direito precisa tutelar quem confia, reprimindo as condutas que abusam da confiança.

O Princípio da boa-fé impõe às partes contratantes a agir de forma a atender às legítimas expectativas que ele criou na outra parte com a sua conduta. Neste contexto entende-se que o princípio da Boa-Fé se inspira no Princípio da Solidariedade dentro da sistemática constitucional. Este impõe uma série de deveres recíprocos para atender aos valores sociais. O Princípio da Boa-Fé é uma projeção do Princípio da Solidariedade. Na seara contratual as partes devem agir de forma solidária, no sentido de colaborar para atender à finalidade do contrato. É uma conjugação de esforços para atender à função social do contrato.

A construção do Princípio da Boa-Fé se contrapõe de alguma forma com o Princípio da Liberdade Contratual. Sob uma perspectiva clássica a liberdade é vista como uma não-interferência, como um espaço onde o direito não atua. Seria considerar-se ter apenas os deveres e direitos que livremente desejou, apenas aqueles estipulados no contrato. Por outro lado, o Princípio da Boa-Fé pode levar à conclusão de que um direito livremente estipulado pode não ser exercido em determinadas circunstâncias, sempre que ele se revelar contrário à confiança, a uma expectativa criada na outra parte. Passa-se a ter deveres não assumidos livremente no contrato, que decorrem do dever de lealdade em relação à outra parte. O Princípio da Boa-Fé tempera a visão clássica da autonomia privada, dá um novo significado à liberdade contratual.

A partir desta nova visão, a doutrina brasileira interpreta a boa-fé sob uma tríplice função (persegue três grupos de efeitos que se complementam):

- Como cânone hermenêutico, interpretativo – o texto permite mais de um significado, que não vem pronto nele, é dado pelo intérprete. A interpretação mais condizente com o Princípio da Boa-Fé seria a mais adequada. (Artigo 113 CC)
- Limitação do exercício de direito. O artigo 187 do CC consagra a teoria do abuso do direito, não muito adequadamente por equipará-lo ao ato ilícito. O abuso do direito não é tecnicamente um ato ilícito. Constitui o exercício de um direito, mas de maneira disfuncional, desviando-se da razão pela qual aquele direito é tutelado. A Boa-Fé institui um parâmetro. Se um direito tutelado no contrato, na forma como é exercido frustra expectativa legítima da outra parte, a confiança estabelecida é violada. Temos como exemplos: *venire contra factum proprio*, *supressio*, *surrectio*, a teoria do adimplemento substancial, etc.
- A criação de deveres que não são os originalmente previstos no contrato. Além dos deveres principais e acessórios outros deveres se impõem pelo ordenamento em virtude do respeito ao Princípio da Boa-Fé. São deveres anexos, instrumentais, laterais que não estão expressamente reconhecidos. Não violam a autonomia privada, em virtude da necessidade de garantir a confiança e à lealdade entre as partes. Podem ser deveres de cuidado, de esclarecimento, de informação, de cooperação recíproca. (Art 422 CC).

As aplicações do Princípio da Boa-Fé, embora amplamente reconhecidas no ordenamento pátrio, enfrentam alguns problemas na sistematização. Existem deveres que não sofrem as consequências da ineficácia do contrato. A celebração de um contrato que prevê uma série de deveres principais ou acessórios também contem deveres anexos (cuidado, esclarecimento, etc). A declaração de ineficácia do contrato, sua resolução por inadimplemento, sua anulação por vício de vontade, a nulidade pela ausência de alguma característica formal são exemplos de casos nos quais o contrato e seus efeitos, desaparecem, mas não desaparecem os efeitos impostos pela boa-fé. O dever de respeitar a boa-fé também não está adstrito ao período de validade do contrato, existe antes e após a sua celebração. Este dever também não está adstrito à pessoa do contratante, pode atingir terceiros. São deveres que não podem ser pré-determinados. Tais deveres não são extraídos de uma mera leitura, podem surgir ao longo de execução contratual. Os deveres contratuais podem ser determinados, mas os deveres anexos não tem como ser antecipados sem que se conheça as

circunstâncias do caso concreto. Este fato já demonstra toda a complexidade e riqueza do Princípio da Boa-Fé.

A jurisprudência consagrou o Princípio da Boa-Fé. A menção ao Princípio da Boa-Fé objetiva vem crescendo nos Tribunais superiores e já se fala em super utilização do princípio. Perquire-se acerca da necessidade de sua invocação se a questão puder ser resolvida com base em outros institutos jurídicos. O perigo ao se utilizar a boa-fé sem necessidade é banalizar a sua aplicação e esvaziar o instituto. Se a boa-fé serve para todos os casos, não serve para nenhum deles.

Um dos pontos nodais da teoria contratual contemporânea é perquirir a quem e a quem ela presta serviço. É imperativo que questões importantes sejam formuladas, significando uma mudança de enfoque do contrato como negócio jurídico estanque e estruturalmente concebido para uma percepção do contrato como processo dinâmico de direito material.

O debate acerca da contratualidade, da segurança jurídica e da justiça contratual deve constituir o ponto de partida, constatando-se que o contrato é base do direito privado. A análise do contrato deve ser feita de acordo com o tempo e espaço em que ele surge e gera seus efeitos. Se a complexidade é algo que se traduz em segurança jurídica devemos reconhecer que a nova contratualidade oferece graves e sérios desafios para pensarmos em segurança jurídica como uma força construtiva dos fatos sociais.

O debate acerca da autonomia privada contemporaneamente envolve a busca pelo conceito de liberdade. É preciso definir em que liberdade assentaremos o nosso ordenamento jurídico. Seria a liberdade de natureza negativa, de abstenção, na qual se postula que o Estado é muito forte e não deve intervir nas relações privadas (e pretende afastar o Estado) ou seria uma liberdade substancial, que se reflete no desenvolvimento e realização das potencialidades mínimas que cada sujeito tem o direito de alcançar.

No campo dos direitos privados patrimoniais (disponíveis) a arbitragem foi inserida como meio válido e legítimo de resolução de conflitos, com a sua constitucionalidade reconhecida pelo STF. Somando-se a isso temos a ratificação e vigência da Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e Execução de Laudos Arbitrais Estrangeiros, promulgada em 2002, o julgamento do STF (autos 5206) e a Sentença Estrangeira Contestada 349 que tramitou no STJ consagrando a autonomia privada para a escolha tanto da lei arbitral quanto do foro. Somando-se a isso o CC em seu artigo 853²⁴ admite a cláusula compromissória.

²⁴ Art. 853. “ Admite-se nos contratos a cláusula compromissória, para resolver divergências mediante júízo arbitral, na forma estabelecida em lei especial”.

Como se pode perceber, a análise da autonomia privada é algo que permeia todo o ordenamento jurídico e não envolve apenas o debate acerca da supressão da expressão na LINDB. É preciso levar em consideração o ordenamento jurídico como uma unidade e acrescentar outras questões ao debate. A recente aprovação do DL 538 de 19/10/2012, com a expectativa de sua ratificação pelo Poder Executivo, a lei de arbitragem e a Constituição da República agregam força à validade em nosso território da possibilidade de escolha da lei aplicável pelas partes. A autonomia privada tem sido reconhecida como direito fundamental do homem e direito à plena expressão de sua personalidade na esfera econômica.

É necessária uma revisão da postura do Poder Judiciário, de forma que ponderem a aplicação de dispositivos convencionais em harmonia com a ordem pública interna e com as regras imperativas. Trata-se de uma nova forma de aplicar os princípios transnacionais, trazendo segurança jurídica. Saliente-se que esta postura não respalda apenas o comércio internacional, mas reforça a aplicação efetiva dos Direitos Humanos, bem como a integração regional e mundial.

REFERÊNCIAS

- ARAUJO, Nadia. *Contratos Internacionais: Autonomia da vontade, Mercosul e Convenções Internacionais*, Rio de Janeiro, Renovar, 2009
- BOELE-WOELKI, Katharina. *Unifying and harmonizing Substantive Law and the Role of Conflict of Laws*, Pocketbooks of The Hague Academy of International Law, Leiden/Boston, 2010
- DOLINGER, Jacob e TIBURCIO, Carmen. *Direito Internacional Privado: Arbitragem Comercial Internacional*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003
- DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: Contratos e Obrigações no Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro, Renovar, 2007
- TIBURCIO, Carmen e BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Internacional Contemporâneo: Estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, parecer de Junior, Lauro da Gama e Souza, Autonomia da vontade nos contratos internacionais no Direito Internacional Privado Brasileiro: Uma leitura constitucional do artigo 9 da Lei de Introdução ao Código Civil em favor da liberdade de escolha do direito aplicável.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008

KONDER, Carlos Nelson. *Causa do contrato X função social do contrato: Estudo comparativo sobre controle da autonomia negocial*, in Revista Trimestral de Direito Civil, vol 43, jul/set 2010, pags 33 a 75. Rio de Janeiro: Padma Editora, 2010

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010

MARTINEZ, Ana Paula. *Histórico e Desafios do Controle de Concentrações Econômicas no Brasil.*, in GILBERTO, André Marques, CAMPILONGO, Celso Fernandes e Vilela, Juliana Girardelli (organizadores). *Concentração de Empresas no Direito Antitruste Brasileiro – Teoria e Prática dos Atos de Concentração*. São Paulo, Editora Singular, 2011

SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. *O desequilíbrio da relação obrigacional e a revisão dos contratos no Código de Defesa do Consumidor: para um cotejo com o código civil*. In TEPEDINO, Gustavo (organizador). *Obrigações – Estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro, São Paulo e Recife. Editora Renovar, 2005.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Princípios do novo direito contractual e desregulamentação do Mercado*. Revista dos Tribunais, n. 750, São Paulo, abril 1998.

GONÇALVES, Priscila Brolio. *A obrigatoriedade de contratar no direito antitruste*. São Paulo, Editora Singular, 2010

MELO, Leonardo de Campos. *Extensão da cláusula compromissória e grupos de sociedades – A prática arbitral CCI e sua compatibilidade com o direito brasileiro – De acordo com o regulamento CCI – 2012*. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2013.

FACHIN, Luis Edson. *Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2008

ESPINOLA, Eduardo e FILHO, Eduardo Espinola; e atualizada por PACHECO, Silva A *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*, vols. 2 e 3, 3a edição, Rio de Janeiro, 1999.

FACHIN, Luis Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil à luz do novo Código Civil Brasileiro*, 3a edição, Rio de Janeiro, Renovar, 2012

ARAÚJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado – Teoria e Prática Brasileira*. 5a edição, Rio de Janeiro, Ed Renovar, 2011.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Arbitragem nos contratos administrativos*, in MANNHEIMER, Sergio Nelson (coordenador). *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro*, vol XVIII, *Direito Arbitral*, Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 2006.

DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*, Parte Geral. 9a ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro *Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro, Renovar, 1999.

FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3ª Ed. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. 3ª Ed., São Paulo, Ed. Martins Fontes, 2010.

JACQUES, Daniela Corrêa. *A adoção do Princípio da Autonomia da Vontade na Contratação Internacional pelos Países do MERCOSUL*. In, MARQUES, Claudia Lima e ARAÚJO, Nadia (organizadoras). *O novo direito internacional – estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro, Renovar, 2005.

DOLINGER, Jacob e TIBURCIO, Carmen. *Direito internacional privado –Vvade Mécum* 2ª Edição, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2002

RECEBIBO 05/06/2017

APROVADO 15/06/2017

PUBLICADO 01/07/2017