



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

PAULO ROBERTO RIBEIRO ROCHA

**DA LIBERDADE DE ESCOLHA DA LEI APLICÁVEL AOS
CONTRATOS INTERNACIONAIS: LIMITES E
POSSIBILIDADES**

Salvador
2013

PAULO ROBERTO RIBEIRO ROCHA

**DA LIBERDADE DE ESCOLHA DA LEI APLICÁVEL AOS
CONTRATOS INTERNACIONAIS: LIMITES E
POSSIBILIDADES**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Thiago Carvalho Borges

Salvador
2013

TERMO DE APROVAÇÃO

PAULO ROBERTO RIBEIRO ROCHA

**DA LIBERDADE DE ESCOLHA DA LEI APLICÁVEL AOS
CONTRATOS INTERNACIONAIS: LIMITES E
POSSIBILIDADES**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2013

Àqueles que representam em minha vida a família, a amizade e o amor, tríade constituinte da minha felicidade.

AGRADECIMENTOS

Ao Doutor Thiago Carvalho Borges, por todo suporte, tempo, paciência e ensinamentos dispensados a mim, ao longo desta pesquisa.

À Mestra Carla Patrícia Lacerda Ribeiro dos Santos, minha mãe, pelo indispensável apoio moral e conselhos acadêmicos que me mantiveram firme neste desafio.

Ao Doutor Carlos Nativo Ribeiro dos Santos, meu avô, por todo incentivo e confiança dirigidos a mim, durante toda a minha vida (*in memoriam*).

Ao Doutor Alberto Geyer Abubakir, pela contribuição intelectual e compreensão dispensadas a mim, nesta etapa da vida acadêmica.

“As mais puras obras-primas são aquelas em que não se encontra nenhum resíduo inexpressivo de formas, linhas ou cores, mas em que tudo, absolutamente tudo se resolve em pensamento e alma”.

Auguste Rodin

RESUMO

A presente monografia é o resultado de pesquisas realizadas acerca dos contratos internacionais e da escolha da lei aplicável sob a ótica do Direito Internacional Privado. Neste trabalho, foram analisados os limites impostos pelo ordenamento jurídico brasileiro à liberdade dos próprios indivíduos, de escolherem a lei aplicável aos contratos internacionais dos quais sejam pactuantes. Por outro lado, observa-se a importância e as possibilidades de aplicação do princípio da autonomia da vontade, nas relações contratuais estabelecidas internacionalmente. Para tanto, apresenta-se um breve estudo sobre o Direito Internacional Privado e sobre a teoria geral dos contratos para formar a base teórica necessária à sustentação do objeto central desta monografia. Finalmente, propõe-se maior liberdade de utilização do princípio da autonomia da vontade no Direito Internacional Privado brasileiro, especialmente no que tange à escolha da lei aplicável aos contratos internacionais como forma de incentivo à formação de novos contratos firmados entre partes brasileiras e estrangeiras. E também a título de solução para conflitos relativos às leis eventualmente aplicáveis a cada caso concreto.

Palavras-chave: Direito Internacional Privado; Contratos Internacionais; Escolha da Lei Aplicável; Princípio da Autonomia da Vontade.

ABSTRACT

This monograph is the result of research on international contracts and on the individual choice for applicable legislation, from a Private International Law standpoint. This study analyzes the limits imposed by Brazilian law on the individual freedom to choose the applicable laws that will bind their international contracts. On the other hand, the importance and application possibilities regarding the principle of freedom of choice in international, contractual relations cannot be overlooked. Therefore, a brief study on Private International Law and the general theory of contracts is presented, in order to form the theoretical basis necessary to support the central object of this monograph. Lastly, greater liberty in the use of the principle of freedom of choice in Brazilian Private International Law is proposed here, especially when choosing applicable laws for international contracts, as a way of encouraging new contracts to be signed between Brazilian and foreign parties. Also as a solution to conflicts concerning the laws that may apply to each case.

Keywords: Private International Law; International Contracts; Choice of Applicable Laws; Principle of Freedom of Choice.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E OS MÉTODOS DE ESCOLHA DA LEI APLICÁVEL	13
2.1 ASPECTOS GERAIS DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO	13
2.1.1 Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro	18
2.1.2 Lei Aplicável e Eleição de Foro	19
2.2 MÉTODOS DE ESCOLHA DA LEI APLICÁVEL	20
2.2.1 Método de Direito Internacional Privado - Breve histórico	21
2.2.2 Método Conflitual Tradicional	23
2.2.3 Sistema Unilateral - A Revolução Americana	26
3 DOS CONTRATOS	29
3.1 CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA	29
3.2 REQUISITOS DE VALIDADE	32
3.3 TEMPO E LUGAR DE CELEBRAÇÃO	35
3.4 PRINCÍPIOS NORTEADORES DOS CONTRATOS	38
3.4.1 Autonomia privada	40
3.4.2 Boa-fé	42
3.4.3 Função social	46
3.4.4 Justiça contratual	48
4 DA LIBERDADE DE ESCOLHA DA LEI APLICÁVEL AOS CONTRATOS INTERNACIONAIS: LIMITES E POSSIBILIDADES	52
4.1 LIBERDADE CONTRATUAL	52
4.1.1 Liberdade contratual e liberdade de contratar	53
4.1.2 Liberdade contratual extraída do direito fundamental à liberdade	54
4.1.3 Autodeterminação e justiça contratual	55
4.1.4 Limites à liberdade contratual	56
4.2 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE	57
4.3 DOS CONTRATOS INTERNACIONAIS	59
4.3.1 Regras de conexão	62
4.3.1.1 Regras de conexão no Brasil	63
4.3.2 Autonomia da vontade no Direito Internacional Privado	65

4.3.2.1 Autonomia da vontade no Direito Internacional Privado brasileiro	66
5 CONCLUSÃO	69
REFERÊNCIAS	75

1 INTRODUÇÃO

A importância dos contratos internacionais e a observância das questões conflituais relativas à lei aplicável a cada um deles, em relação ao contexto de globalização que vive o mundo contemporâneo, é uma crescente linha de estudo que vem interessando cada vez mais aos operadores do Direito Internacional Privado e, especialmente, às organizações privadas, sejam elas nacionais ou estrangeiras, que frequentemente celebram negócios internacionalmente.

É sabido que o Brasil já faz parte do mercado ativo de grandes investimentos, contratos são firmados diariamente, internamente e com outros países, e é por isso que o estudo das normas que regulam essas relações jurídicas e a análise das necessidades inerentes ao desenvolvimento do comércio internacional ganham cada vez mais destaque no cenário econômico nacional.

Nesse diapasão, a presente monografia terá o papel de analisar os contratos internacionais, especificamente no que concerne à escolha da lei aplicável, trazendo um breve estudo sobre o Direito Internacional Privado, que vem ganhando cada vez maior importância no contexto das relações particulares do atual mundo globalizado e sobre os contratos, segundo a doutrina brasileira, que hodiernamente sofrem a incidência dos novos paradigmas constitucionais.

Para fundamentar teoricamente o tema central deste trabalho, inicialmente será necessária uma breve explanação acerca dos aspectos gerais inerentes ao Direito Internacional Privado, apresentando seu conceito e seus principais métodos de escolha da lei aplicável.

Cumprido destacar que a escolha da lei aplicável, um dos tópicos centrais desta monografia, não deve ser confundido com a escolha da eleição de foro. Enquanto a primeira trata de questões de direito material, a segunda cuida de questões relativas ao direito processual. Portanto, a eleição de foro não constitui assunto que interesse ao tema abordado neste trabalho monográfico, que se distancia das questões processuais dos contratos internacionais.

Em seguida, será apresentado um estudo sobre os contratos, sob a égide da doutrina clássica, trazendo conceitos e aspectos formadores da teoria geral dos

contratos, e também sob a ótica da recente doutrina que apresenta os novos paradigmas do direito contratual e demonstra a atual situação dos contratos diante do direito civil-constitucional que, contemporaneamente, se impõe às relações particulares estabelecidas no Brasil.

Mister se fará a abordagem dos principais princípios norteadores do direito contratual hodierno, quais sejam: a autonomia privada, que será comparada e relacionada à autonomia da vontade, a boa-fé objetiva, a justiça contratual e a função social, sob a influência da Constituição Federal de 1988. Assim, será melhor analisado o direito contratual no ordenamento jurídico brasileiro, que deve ser levado em consideração tanto pelas relações particulares internas quanto pelas externas.

A liberdade contratual e suas limitações, impostas pela constituição, também terão grande importância para sustentar teoricamente o tema título desta monografia, na medida em que abordará a limitação ao princípio da autonomia privada e ajudará na compreensão da limitação imposta à aplicação de lei estrangeira no direito brasileiro.

A questão nuclear desta monografia que diz respeito à celebração dos contratos internacionais e que será abordada como o problema a ser destacado, analisado e ao qual será proposta uma solução, tratará da liberdade, ou ausência dela, na escolha da lei aplicável aos contratos internacionais.

Para tanto, de um lado, será colocada uma legislação antiquada que disciplina o assunto, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto Lei 4.657/42), de outro lado será posta a autonomia da vontade, princípio altamente difundido por muitos países, principalmente na Europa, que vem sendo base inconteste de negociações firmadas entre partes localizadas em diferentes países.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto Lei 4657/42), antiga Lei de Introdução ao Código Civil, é a única legislação do ordenamento jurídico nacional que trata dos conflitos de lei no espaço no que tange ao Direito Internacional Privado, por isso é essencial a observação da sua aplicação no ordenamento jurídico pátrio sobre os contratos internacionais.

É facilmente dedutível que uma lei de 1942 já não condiga com a realidade comercial e econômica atual. Nesse sentido, o estudo dirigido aos contratos internacionais, à liberdade de escolha da lei aplicável a cada um deles e a importância do princípio da autonomia da vontade na celebração das negociações

internacionais, poderá contribuir para um melhor entendimento acerca da atual situação vivida pelo Brasil no que tange às relações contratuais pactuadas por particulares nacionais e estrangeiros e, desse modo, poderá contribuir para a diminuição de possíveis conflitos de lei no espaço, no intuito de fomentar o comércio exterior brasileiro, garantindo maior segurança jurídica às partes que contratam internacionalmente.

Nesse sentido, visando um progresso teórico e prático, questiona-se se a imposição da lei aplicável aos contratos internacionais, prevista no art. 9º da LINBD/42, é (in) compatível com o contexto de globalização mundial da atualidade e com o desenvolvimento socioeconômico vislumbrado pelo Brasil, e se o princípio da autonomia da vontade deve ter sua aplicação ampliada na escolha da lei aplicável aos contratos internacionais.

2 DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E OS MÉTODOS DE ESCOLHA DA LEI APLICÁVEL

O presente capítulo tem como objetivo a exposição e análise de fundamentais aspectos relativos ao Direito Internacional Privado e o estudo de importantes conceitos pertinentes aos métodos de escolha da lei aplicável, apontando suas principais características e observando significativas diferenças e semelhanças existentes entre si.

2.1 ASPECTOS GERAIS DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

A análise conceitual do Direito Internacional Privado (DIPr), para início de discussão acerca dos temas que o circundam, é de extrema importância para o entendimento da matéria e da sua abrangência extraterritorial que lhe confere o *status* de "direito sobre direito", conforme será explicado mais adiante. Pontes de Miranda¹ demonstra com clareza o seu entendimento acerca do conceito de DIPr quando afirma que

O Direito privado nacional, quando tem de ser obedecido ou aplicar-se fora das fronteiras, e o Direito privado estrangeiro, quando se obedece o aplica dentro do território nacional, constituem conteúdo de certas regras de obediência e de aplicação, ao conjunto das quais se deu o nome de Direito internacional privado.

A conceituação do direito internacional privado, segundo a concepção de Irineu Strenger², advém, principalmente, do caráter essencialmente cosmopolita do homem. Esta afirmação se baseia numa universalização dos problemas humanos, cujas raízes históricas certamente se originam da convivência entre os homens, a partir da qual se manifesta o empenho e a vontade de fomentar relações e intercâmbios, tanto no que diz respeito aos aspectos sociais e culturais, quanto no que diz respeito aos aspectos comerciais. Ainda seguindo o raciocínio do referido autor, "não é característica do homem viver segregado ou isolado de seus

¹ MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Internacional: Tomo I. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1935, p. 17.

² STRENGER, Irineu. Direito Internacional Privado. São Paulo: LTR, 2003, p. 27.

semelhantes; ao contrário, a humanidade sempre revelou como tendência espontânea a necessidade de construir comunidades³.

De outro lado, assevera Irineu Strenger⁴ que o mesmo convívio fomentador de relações e intercâmbios, em decorrência de inúmeros motivos, carrega divergências, afinal, as contradições são parte inevitável desse universo de relações interpessoais. Variados fatores induziram os diferenciados grupos que se foram formando, de maneira a cultivar no homem várias perspectivas, "exigindo-lhe a observância de certas regras, de certos comportamentos que determinam a diferenciação das sociedades e a formação das nações", que se diferenciam principalmente pelos costumes, pelas perspectivas e pelo próprio direito, inerentes a cada uma delas.

Segundo Edgar Carlos de Amorim⁵, pertencer a essas sociedades e nações exprime a ideia de que cada indivíduo torna-se subordinado aos ditames do próprio grupo social do qual é parte e, não obstante, conduz seu comportamento na direção daquele objetivo que o grupo almeja alcançar.

Ainda de acordo com os ensinamentos do recém citado autor, "nenhuma sociedade pode prescindir de normas que possam regular a coexistência pacífica dos indivíduos que a compõem e de um poder que a organize⁶". Partindo desta premissa, é importante que se estabeleça a diferença entre o poder social e o poder institucional ou político, para que se alcance a raiz do surgimento do Direito Internacional Privado.

O poder social, também conhecido como poder difuso, é aquele em que todos interagem na vida social como governantes e como governados, incorrendo em papéis sociais ativos e passivos. "Este poder é exercido pela opinião pública que, por sua vez, nasce, cresce e se desenvolve com fulcro na crença, nos usos, nos costumes e nas tradições, sem dúvida, base da consciência coletiva atuante⁷". Na transição entre o poder difuso grupal e o poder institucional, surgem como fatores predominantes os estímulos econômicos, militares, religiosos e domésticos que determinam o poder a apenas um indivíduo ou alguns deles.

³ *Ibidem.*

⁴ *Ibidem.*

⁵ AMORIM, Edgar Carlos de. Direito Internacional Privado. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 4.

⁶ *Ibidem.*

⁷ *Ibidem.*

Desse modo, o advento do poder político pelo social, corroborou para o surgimento do Estado e, por conseguinte, "à implantação de um sistema jurídico capaz de delimitar esse poder não só fixando grau de responsabilidade, como também formas de investiduras nos cargos públicos e no desempenho destes⁸". Esse sistema jurídico ou complexo de normas se diferencia de Estado para Estado. Cada povo possui seus próprios hábitos, costumes, culturas, tradições, religiões, condições econômicas, etc. E, defronte a essencial característica humana de se inter-relacionar com seus semelhantes, indivíduos de Estados diferentes passaram a realizar negócios, adquirir riquezas, trocar e comercializar bens, etc. Diante disto, surgiram os conflitos de leis no espaço, tornando-se difícil definir qual o sistema jurídico ideal para cuidar de cada um deles. "À proporção que aumentavam os meios de comunicação e transportes, maiores eram as relações entre pessoas desses mesmos Estados, fato este que veio mais contribuir para o acúmulo de conflitos⁹".

Nesse mesmo sentido, Alberto do Amaral Júnior¹⁰ certifica que

A revolução nas comunicações aproximando povos e continentes outrora distantes, o aumento sem precedentes do conhecimento que as sociedades possuem umas das outras, a emergência de novos e intensos conflitos entre sistemas socioculturais, o crescimento do fenômeno transnacional ilustrado pela proliferação das iterações transfronteiriças envolvendo membros de agremiações políticas, confederações sindicais, religiões, movimentos sociais, organizações ecológicas e de proteção aos direitos humanos, entre outros, fizeram avolumar os problemas e perplexidades em torno da efetividade dos mecanismos regulatórios internacionais. Como não poderia deixar de ser, o direito internacional não permaneceu imune a tão vasto complexo de transformações.

Resta evidenciada a necessidade de que a comunidade internacional estabelecesse a melhor forma de solucionar tais conflitos, fazendo-o através de tratados, tornando-se estes, a primeira fonte do Direito Internacional Privado.

É sabido que atualmente o número de Estados soberanos no mundo passa dos cento e noventa, possuindo, cada um deles, o seu próprio sistema jurídico, do qual

⁸ *Ibidem*.

⁹ *Ibidem*, p. 5.

¹⁰ JÚNIOR, Alberto do Amaral. O direito Internacional no Terceiro Milênio: Estudos em Homenagem ao Prof. Vicente Marotta Rangel. São Paulo: LTR, 1998, p. 152.

faz parte o direito privado. Segundo os ensinamentos de Beat Walter Rechsteiner¹¹, "no mundo inteiro, cada vez mais são frequentes as relações jurídicas com conexão internacional a transcender as fronteiras nacionais". É o que vem ocorrendo no Brasil, onde a mobilidade populacional e as relações de comércio estabelecidas entre empresas vêm assumindo frequentemente um caráter internacional.

Nadia de Araujo¹² traz uma visão muito atual do Direito Internacional Privado quando expressa a ideia de que as pessoas físicas e jurídicas já não restringem suas relações aos limites fronteiriços de um único Estado e, ainda nesse sentido, reconhece que sob o prisma das atividades pessoais e principalmente, comerciais, esses limites são, muitas vezes, insignificantes.

Em concordância com o posicionamento de Nadia de Araujo, Pontes de Miranda¹³ assevera que

Na construção do Direito das gentes há uma parte, fronteira com a ordem jurídica, interna, dos Estados, onde aquele direito se refere à competência de cada um deles quanto à legislação. Seria assunto do só interesse do Estado, se todos eles se abstivessem de negócios jurídicos nos quais houvesse elemento extranacional. Quer dizer: não se casassem nacionais; não se contratasse quanto a bens situados no estrangeiro; não se praticassem atos jurídicos que se referissem a elementos de outro Estado. Ora, isso, pela permeabilidade das populações, pela necessidade de se tomarem em consideração relações jurídicas regidas por lei estrangeira, não é possível, nem o será nunca.

O Direito Internacional Privado tem como finalidade encontrar e promover soluções às questões provenientes das relações internacionais privadas. É cediço que cada Estado possui seu próprio ordenamento jurídico e, portanto, possui o seu próprio conjunto de regras para solucionar os problemas referentes a essas situações multiconectadas. Porém, mesmo sob esta realidade, a utilização de leis estrangeiras para dirimir tais questões é, atualmente, um princípio de direito comum às nações. Assim, "todos os países permitem que nas relações privadas internacionais seja

¹¹ RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 23.

¹² ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 31.

¹³ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Internacional: Tomo I*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1935, p. 117.

aplicado o direito estrangeiro no caso concreto, quando determinado pelo sistema de DIPr, excluindo-se, nesse momento, as normas internas sobre a matéria¹⁴ⁿ.

Em razão dessa pluralidade de ordenamentos jurídicos, o conflito entre leis de diferentes Estados torna-se, por vezes, inevitável. Esse conflito, por sua vez, poderá ser regulado por mais de um desses ordenamentos, em decorrência da existência de um elemento de estraneidade nesta relação, isto é, há um elo de ligação entre os direitos materiais de Estados diferentes envolvidos na mesma questão¹⁵.

Havendo a ocorrência de uma situação jurídica conexa com dois ou mais sistemas jurídicos, possuidores de normas diferenciadas, discordantes, surge, então, a dúvida a respeito de qual desses ordenamentos, qual desses conjuntos de regras deve ser aplicado. Diante deste tema, Jacob Dolinger¹⁶ afirma que cumpre ao internacionalista assumir a missão primordial de apontar qual ordenamento jurídico deve ser aplicado dentre aqueles envolvidos na hipótese jurídica.

"O direito Internacional Privado, ao trabalhar com o conflito das leis - inegavelmente o campo mais amplo e importante do seu objeto - há de criar regras para orientar o Juiz sobre a escolha da lei a ser aplicada¹⁷ⁿ."

Na busca por um conceito preciso da disciplina do Direito Internacional Privado, Hee Moon Jo¹⁸ destaca a extrema dificuldade em defini-la, isso se deve à variedade de interpretações das características e do âmbito de aplicação do DIPr. Nesta era globalizada, o Direito Internacional Privado evolui rapidamente, acompanhando os avanços da sociedade internacional, dificultando, assim, a elaboração de um conceito claro e preciso da matéria. Ainda assim, o autor aduz seu melhor entendimento sobre o tema e pontua relevantes características pertinentes à matéria para fundamentar a construção de uma definição mais consistente:

No sentido tradicional, o DIPr pode ser entendido como o conjunto das regras que determinam as leis aplicáveis às relações privadas internacionais para garantir a estabilidade da vida privada internacional. Se adicionarmos a isso alguns fenômenos atuais, tais como os movimentos pela unificação dos direitos privados e dos direitos processuais, o DIPr poderá ser definido de forma mais ampla, ou seja, como o direito que rege as relações privadas

¹⁴ *Ibidem*, p. 32.

¹⁵ *Ibidem*, p. 33.

¹⁶ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 5.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ JO, Hee Moon. *Moderno Direito Internacional Privado*. São Paulo: LTR, 2001, p. 40.

jurídicas internacionais, incluindo-se aqui, além das regras indicativas, as regras processuais internacionais e as regras materiais unificadas pelas convenções. É bem verdade que estamos caminhando nessa direção. No entanto, ainda seria necessário o transcorrer de um bom período para que tal definição alcançasse ampla aceitação¹⁹.

A legislação de cada país, atualmente, é responsável por estabelecer as regras indicativas para a determinação da lei aplicável. Mesmo com todo esforço internacional para que se implantasse a unificação dessas normas indicativas através de tratados, estes, por sua vez, existentes em quantidade ínfima e ainda com pouca adesão por parte dos países que figuram o extenso rol de Estados interligados por relações internacionais, o que leva-se a entender que para a maioria desses países, o DIPr é, simplesmente, um ramo do seu direito interno²⁰.

2.1.1 Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

A Lei de Introdução não integra o Código Civil, em verdade, constitui apenas uma lei anexa que torna possível a facilitação da aplicação das leis, estendendo-se muito além do Código Civil, "por abranger princípios determinativos da aplicabilidade das normas, questões de hermenêutica jurídica relativas ao direito privado e ao direito público e por conter normas de direito internacional privado".²¹

Na lição de Maria Helena Diniz acerca do tema, entende-se que

Como em alguns ordenamentos jurídicos encontravam-se, no corpo da Código Civil de 1916, normas atinentes à revogação das leis, a sua aplicação e ao direito internacional privado, fez bem o legislador brasileiro em colocar tais disposições fora do corpo do nosso Código, precedendo-o, por se tratar de normas sobre a aplicabilidade das leis em geral, dando-lhes uma autonomia em lei destacada. A técnica legislativa brasileira inspirou-se no modelo alemão, conservando a matéria numa lei introdutória. Assim denominou *Lei de Introdução ao Código Civil* o complexo de disposições preliminares que antecedem ao Código Civil e que hoje, acertadamente,

¹⁹ *Ibidem*, p. 43.

²⁰ *Ibidem*, p. 44.

²¹ DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro Interpretada*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 21.

pela Lei n. 12.376/2010, passou a ter a denominação de *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*.²²

A LINDB é autônoma e independente, na medida em que seus artigos possuem numeração própria. Pode-se afirmar que não se trata de uma lei introdutória ao Código Civil. Se o fosse, conteria somente normas de direito privado comum e, além disso, toda e qualquer modificação sofrida pelo Código Civil a atingiria diretamente. Por este motivo, a revogação do Código Civil de 1916, não refletiu sobre ela. "A Lei de Introdução continua vigente e eficaz. Na verdade, é uma *lei de introdução às leis*, por conter princípios gerais sobre as normas sem qualquer discriminação".²³

Chama-se a atenção de que a Lei de Introdução exerce função disciplinadora espaço-temporal, pois contém normas relativas ao direito intertemporal, que cuidam dos conflitos de leis no tempo, e contém, também, normas de direito interespacial, que por sua vez, solucionam os conflitos de normas no espaço. Estes conflitos de lei no espaço, destacados pelo atual trabalho monográfico, originam-se do intercâmbio entre nações, que reforça o contato com ordenamentos jurídicos de outros países.²⁴

2.1.2 Lei aplicável e eleição de foro

Diante do ordenamento jurídico pátrio, "eleger foro significa indicar dentre as jurisdições competentes qual será adotada pelos envolvidos em negócio jurídico para a solução das controvérsias que dele venham emergir"²⁵. Este tema é essencialmente processual, refere-se à competência, portanto, não se relaciona com as questões atinentes ao lugar dos negócios jurídicos ou de sua execução.

Dessa forma, é importante destacar que não se confunde a cláusula de eleição de foro com a lei aplicável. A primeira tem relevância e implicação unicamente processuais, caracterizando-se pelo compromisso estabelecido entre as partes contratantes de sujeitarem-se a determinado órgão jurisdicional para a análise dos litígios originados do contrato. Enquanto que "a cláusula de eleição de lei é de direito

²² *Ibidem*.

²³ *Ibidem*.

²⁴ *Ibidem*, p. 33.

²⁵ NARDI, Marcelo de, "Eleição de Foro em Contratos Internacionais: Uma Visão Brasileira", in RODAS, João Grandino (Coord.). Contratos Internacionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 141.

material, inserida no âmbito da liberdade contratual e da autonomia da vontade, designando a lei aplicável ao negócio jurídico".²⁶

Vale dizer também que,

A eleição de foro para dirimência de litígios emergentes de contrato internacional corresponde à obrigação das partes contratantes de submeterem a certa jurisdição a solução de eventuais controvérsias sobre a relação jurídica negocial. O instituto tem alcance geral na esfera contratual internacional e é amplamente utilizado e aceito como válido.²⁷

A escolha do foro nos contratos que se conectam internacionalmente é absolutamente compatível e aceita no ordenamento jurídico nacional. O que não ocorre com a escolha da lei aplicável, como será visto mais adiante.

2.2 MÉTODOS DE ESCOLHA DA LEI APLICÁVEL

O Direito Internacional Privado, a partir do raciocínio de Irineu Strenger²⁸, possui como objeto fundamental a solução das questões que envolvem os conflitos de lei no espaço. Isto é, o DIPr, na condição de ciência, tem a finalidade de sistematizar as regras direcionadas a solucionar os problemas nos quais mais de uma lei, em decorrência dos seus elementos de conexão com o caso concreto, seja potencialmente capaz de ser aplicada a este. Quando ocorre a colisão de leis no espaço, cabe ao Direito Internacional Privado determinar a lei que deve ser aplicada ao caso concreto.

Na concepção de Nádia de Araujo²⁹, o Direito Internacional Privado é vislumbrado tal como um direito em superposição a outro, possuidor de normas que regulam a aplicação de um determinado direito, regulamentando, assim, a vida social dos indivíduos inseridos na ordem internacional. Segundo a autora, em todos os sistemas jurídicos existem regras instituídas expressamente para essas espécies de

²⁶ ARAUJO, Nadia. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 381.

²⁷ NARDI, Marcelo de. *Eleição de Foro em Contratos Internacionais: Uma Visão Brasileira*. In: RODAS, João Grandino (coord.). *Contratos Internacionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 145.

²⁸ STRENGER, Irineu. *Direito Internacional Privado*. São Paulo: LTR, 2003, p. 53.

²⁹ ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 37.

situações interligadas a mais de um sistema jurídico, são estas as regras de conexão, também conhecidas como normas indiretas.

De acordo com o posicionamento de Hee Moon Jo³⁰, os elementos de conexão dizem respeito aos elementos que conectam as relações jurídicas do Direito Privado Internacional com a lei aplicável, no momento em que o DIPr decide por esta. Isto é, esses elementos de conexão são fatores que ligam a relação jurídica do caso concreto à lei aplicável, objetivando, essencialmente, selecionar e aplicar, nas relações jurídicas privadas internacionais, aquela lei que possui o vínculo mais estreito. De outro lado, essa questão acerca dos elementos de conexão na escolha da lei aplicável sofrem uma significativa perda de relevância nas novas teorias do Direito Privado Internacional que, por sua vez, estabelecem a lei aplicável de acordo com o nível de concentração de vários elementos, tais quais o conteúdo das leis substanciais, o objetivo, o interesse, a política, etc. Em suma, os novos elementos de conexão que permitem a análise e escolha da lei aplicável caminham para a substituição da função dos elementos de conexão tradicionais³¹.

Seguindo este mesmo raciocínio, Nadia de Araujo³² sustenta que o sistema consolidado no século XXI tem passado por significativas mudanças, em razão da flexibilização das tradicionais regras de conflito. Atualmente as regras indiretas já não são mais exclusivas no Direito Internacional Privado.

2.2.1 Método de Direito Internacional Privado - Breve histórico

O método conflitual tem origem na Idade Média, por obra dos professores de Bolonha a partir do momento em que trouxeram soluções para sanar os conflitos provenientes do choque entre as regras advindas dos estatutos das cidades-estado italianas que, em grande parte das vezes, ocorriam por conta do contato entre os mercadores locais com os mercadores vindos de outras cidades. A esta obra dos professores de Bolonha para a resolução de conflitos dá-se o nome de escola estatutária italiana. Em seguida, foi criada a escola francesa, através de Dumoulin

³⁰ JO, Hee Moon. *Moderno Direito Internacional Privado*. São Paulo: LTR, 2001, p. 145-146.

³¹ *Ibidem*, p. 147.

³² ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.38.

que formulou o princípio da autonomia da vontade, e D'Argentré, iniciador do territorialismo que posteriormente foi seguido pela escola holandesa³³.

O Direito Internacional Privado positivo surge no século XIX, a partir da introdução de regras nas grandes codificações e o surgimento de teorias importantes, tais como a de Savigny³⁴ e Mancini³⁵. O primeiro acreditava na possibilidade de se resolver os conflitos de leis de natureza internacional por meio da equidade de tratamento entre a lei do foro e a lei estrangeira, tal crença se baseava na ideia de que todos vivem numa comunidade de direito internacional. Segundo Jacob Dolinger³⁶, Savigny propôs a utilização do método do multilateralismo que, ao invés de questionar a respeito da aplicação de certa lei, busca saber qual a lei aplicável para as diferentes e variadas relações jurídicas, método este que procura detectar o "centro de gravidade" de uma relação jurídica multinacional. O segundo foi um dos maiores estimuladores do movimento de codificação internacional do DIPr, tendo como principais teorias aquelas em defesa da nacionalidade como lei reguladora do estatuto pessoal que fomentavam a unificação do levante Estado italiano.

Ainda fazendo referência à relevância histórica do século XIX para o Direito Internacional Privado, Nadia de Araujo³⁷ aduz que

As doutrinas do século XIX são todas de caráter universalista - o DIPr deveria ser o mesmo em todos os Estados, trazendo mais vantagens para as pessoas, destinatárias dessas regras. Foi a tendência dominante até a Primeira Guerra Mundial. Já para os particularistas, como os chamava Batiffol, a diversidade de sistemas nacionais era uma realidade legítima em razão da diversidade estrutural dos Estados, especialmente no que dizia respeito às duas normas de direito privado, indissociáveis daquelas destinadas ao conflito de leis. Há, ainda, a terceira corrente que cultuava a utilização do direito comparado para resolver os conflitos de leis, e teve Rebel como um de seus maiores defensores.

Em decorrência da grande discrepância entre as normas adotadas, o DIPr sofreu com a falta de uniformidade. No período entre-guerras viu-se o declínio da tendência

³³ *Ibidem*, p. 38-39.

³⁴ Friedrich Carl von Savigny APUD Nadia de Araujo. ARAUJO, Nadia de. Direito Internacional Privado: Teoria e Prática. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 39.

³⁵ Pasquale Stanislao Mancini APUD Nadia de Araujo. ARAUJO, Nadia de. Direito Internacional Privado: Teoria e Prática. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 40.

³⁶ DOLINGER, Jacob. Direito Internacional Privado: Parte Geral. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 15.

³⁷ ARAUJO, Nadia de. Direito Internacional Privado: Teoria e Prática. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 40.

universalista, isso porque os resquícios da Primeira Guerra Mundial e o significativo aumento das relações comerciais internacionais ensejaram em um grande particularismo. Mas também, em contrapartida, o particularismo positivista mostrou seu poder de reação e trouxe a ideia de que o Direito Internacional Privado deveria ter como foco de sua inspiração o interesse dos indivíduos, dando destaque às soluções codificadoras de natureza internacional na jurisprudência, assim como aconteceu na América Latina e na Europa, com o trabalho e esforço da Conferência Permanente de Direito Internacional da Haia³⁸.

O papel da América Latina no desenvolvimento do DIPr não pode ser negligenciado. Foi no continente americano que pela primeira vez se promoveu a codificação internacional da matéria, com as grandes codificações do século XIX - Tratado de Lima (1877) e Tratados de Montevideu (1889/90) - e início do século XX - Código Bustamante (1928) -, continuando este labor sob os auspícios da OEA, com a realização das conferências Especializadas, CIDIPs³⁹.

O Direito Internacional Privado sofreu mudanças paulatinas após a Segunda Guerra Mundial, em face dos problemas novos e de difícil solução decorrentes da multiplicação de situações internacionais que cobravam a utilização das regras de conflitos, do crescente número de países envolvidos, em decorrência da descolonização, e de uma crescente e significativa interferência do Estado nesses conflitos. "Surgem cada vez mais regras materiais de DIPr, que atuam diretamente na situação jurídica, ao invés da procura da lei aplicável pela regra indireta, mediadora entre os sistemas jurídicos envolvidos⁴⁰".

Ademais, cumpre destacar que, em razão da proeminência e ingerência da ação estatal na vida privada, surgiram leis que foram aplicadas imperativamente, impossibilitando o surgimento de situações jurídicas que tivessem a possibilidade de escolha da lei estrangeira⁴¹.

2.2.2 Método conflitual tradicional

³⁸ *Ibidem*, p. 41.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 42.

⁴¹ *Ibidem*.

O método conflitual tradicional, levando-se em consideração as ponderações feitas por Nadia de Araujo⁴², tem como peculiaridade a presença de uma regra de Direito Internacional Privado conhecida como a regra de conflito, cuja solução proposta às questões que envolvem conflito de leis, é a indicação da lei aplicável através da utilização da norma indireta. Este método ainda é utilizado, com algumas alterações que mais adiante serão expostas, pelo DIPr dos países europeus e latino americanos. Mister se faz aduzir que o papel do Direito Internacional Privado não é proporcionar a norma material aplicável ao caso concreto, mas sim indicar aquele ordenamento jurídico ao qual a lei aplicável deverá ser solicitada. Segundo a ótica clássica do DIPr, esta matéria cumpre sua função de proporcionar a regulamentação da vida jurídica internacional através das normas de conflito.

Ainda nessa linha de raciocínio, Nadia de Araujo assevera que

Um problema de DIPr (para a concepção clássica) não é um problema de justiça material, mas sim a escolha da lei aplicável indicada pela norma de conflito. O seu objetivo consiste em promover e garantir a continuidade e a estabilidade das situações jurídicas multinacionais, através da uniformidade da respectiva valoração por parte ds diversos sistemas interessados. Com isso, evita-se a frustração das partes e terceiros. Esse sistema não cuida da utilização de suas normas, mas sim das conectadas à questão. (...) Os valores predominantes são o da segurança e certeza jurídica, cuidando de atingir uma justiça formal, pois seu objetivo é garantir a continuidade e estabilidade das situações jurídicas⁴³.

Ocorre que, esse método de escolha da lei aplicável apresenta três graves problemas que prejudicam o objetivo da disciplina do DIPr de garantir a segurança jurídica às situações que o digam respeito. O primeiro se deve ao fato de que cada Estado possui o seu próprio conjunto de regras para o Direito Internacional Privado, que por sua vez, são aplicados internamente. Diante disto, uma mesma situação concreta corre o risco de ser resolvida de maneira diferente em cada um dos Estados nos quais tenha sido julgada. O segundo problema, a depender do sistema adotado para a resolução do problema, reside na possibilidade de que uma decisão válida em um, pode ser inválida no outro. Finalmente, o terceiro problema, que consiste na possibilidade de que as partes envolvidas na situação jurídica relevante à tutela do DIPr, procurem se beneficiar das diferenças entre os sistemas envolvidos

⁴² *Ibidem*, p. 42-43.

⁴³ *Ibidem*, p. 43-44.

na questão, promovendo um verdadeiro *forum shopping*, no intuito de encontrar a solução que lhes seja mais favorável⁴⁴.

Esse método vem sofrendo duras críticas nos últimos anos. O sistema americano, que será abordado mais adiante, atacou veementemente o método conflitual tradicional, preocupando-se especialmente com a escolha das normas a partir do resultado final, sem se apoiar em normas bilaterais. Na Europa, conforme relatado anteriormente, esse método passou por algumas transformações em decorrência da aceitação da multiplicidade de métodos e da flexibilização das regras de conflitos. "Isso se deu através da elaboração de regras materiais de DIPr, em convenções internacionais, da possibilidade de regras alternativas, da cláusula de exceção, da utilização do princípio da autonomia da vontade em outras áreas do direito, (...)"⁴⁵.

É importante salientar que, em razão da vasta diversidade de normas conflituais existentes em cada país, foi de extrema importância a utilização da harmonização proporcionada pela criação de normas conflituais internacionais uniformes que compõem o método uniformizador, como forma de solucionar os embates ocorridos em razão das peculiaridades de cada norma conflitual inerente a cada Estado. Jacob Dolinger⁴⁶, ao comentar sobre a utilização dos métodos uniformizador e conflitual pelo Direito Internacional Privado para resolver as relações jurídicas internacionais, compara esses dois métodos e demonstra como um complementa o outro e contribui para o alcance de melhores soluções para as situações jurídicas:

Modernamente, o Direito Internacional Privado segue a orientação de Jitta, utilizando-se de dois métodos para resolver as relações jurídicas internacionais: o método uniformizador que uniformiza e soluciona e o método conflitual, que coordena e harmoniza, utilizando-se deste quando aquele se torna impossível. De um lado uniformiza as normas disciplinadoras do comércio internacional (Direito Uniformizado), por meio de tratados e convenções, até onde isto seja aceitável para os países interessados. Por outro lado elabora fórmulas para solução dos conflitos, fórmulas que determinam as leis internas a serem aplicadas. É o método conflitual, i.e., de solução dos conflitos, visando a harmonização, que, como visto, se distingue da uniformização.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 44.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ DOLINGER, Jacob. Direito Internacional Privado: Parte Geral. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 39.

A segurança jurídica já não é mais o único objetivo a ser alcançado pelo Direito Internacional Privado, através da utilização pura e simples do método conflitual, pois já existe em muitos países a conscientização de que se deve coadunar a metodologia aos conceitos de proteção salvaguardados pelos direitos fundamentais.

2.2.3 Sistema unilateral - A Revolução Americana

O sistema unilateral, a partir da conceituação apresentada por Nadia de Araujo⁴⁷, é "aquele no qual a norma que soluciona o problema de uma relação multiconectada propõe-se a apenas delimitar o domínio de aplicação das leis materiais do ordenamento jurídico onde vigora, preconizando o primado da lei de foro."

Sob a ótica de Jacob Dolinger acerca do tema, o sistema unilateral tem como objetivo a comparação das leis de diversos ordenamentos divergentes entre si. Este posicionamento é marcado pelo seu unilateralismo, o que conduz ao sistema unilateral, também conhecido como o "método denominado unilateralista, que procura decidir sobre a extensão da aplicação da norma legal de acordo com os interesses governamentais que a mesma seja aplicada em hipótese de conflito⁴⁸."

Nos Estados Unidos, David Cavers⁴⁹ criticou veementemente o método conflitual tradicional de escolha da lei aplicável que era amplamente utilizado. Em seu entendimento, quando deveriam determinar a lei aplicável a uma relação jurídica caracterizada por suas nuances internacionais, os tribunais americanos não tomavam decisões livres de valoração, pois sempre levavam em maior consideração o resultado final. Por isso, Cavers defendia o sistema unilateral, através do qual estabelecia-se, de um lado, o alcance espacial das normas, e de outro lado, uma análise que atribuía maior atenção ao resultado final substantivo. Sua intenção era fortalecer a utilização de um *modus operandi* que analisasse os casos concretos de forma detalhada, analisando todos os seus aspectos e comparasse os resultados obtidos pela utilização de cada lei envolvida na situação jurídica *sub judice*. Ao final,

⁴⁷ ARAUJO, Nadia de. Direito Internacional Privado: Teoria e Prática. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 47.

⁴⁸ DOLINGER, Jacob. Direito Internacional Privado: Parte Geral. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 14-15.

⁴⁹ CAVERS, David APUD Nadia de Araujo. ARAUJO, Nadia de. Direito Internacional Privado: Teoria e Prática. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 47-48.

dever-se-ia analisar os resultados em atenção aos preceitos da justiça social, para então poder-se determinar qual das leis envolvidas ao caso deveria ser aplicada. Deste então, o sistema unilateral tem sido muito aplicado na doutrina e jurisprudência americanas.

Mister se faz expor a teoria de Brainerd Currie⁵⁰, denominada de "*government interest analysis*", a qual objetiva "o alcance extraterritorial de determinadas normas internas de um sistema jurídico." Currie⁵¹ entendia que os Estados tinham interesse na ampla utilização de suas próprias leis, tanto no cenário interno, quanto no cenário internacional, isto é, nas relações jurídicas internacionais. Em sua concepção unilateralista, "o sistema conflitual não levava esses fatores em consideração e subvertia a importância dos interesses do foro, ao aplicar a lei de um outro Estado."

O famoso caso *Babcock* foi o *hard case* do novo sistema americano, no qual utilizou-se pioneiramente as teorias de Currie, que fundamentavam o método unilateralista.

O tribunal de Nova York deixou de aplicar a regra clássica da *lex loci delictii*, para aplicar a lei de Nova York a um acidente de trânsito ocorrido em Ontário, Canadá. Para o tribunal aplicar a lei de Ontário somente porque o acidente lá ocorreu, enquanto todos os outros pontos de contato levavam a Nova York, seria injusto e anômalo. Os pontos de contato eram: o carro era registrado em Nova York, o motorista morava em Nova York, a passageira que se machucou morava em Nova York e o seguro do carro era de Nova York. Se fosse aplicada a lei de Ontário, onde ocorreu o acidente, a passageira carona não teria direito a qualquer indenização, enquanto a lei nova-iorquina previa a indenização desejada.

Friedrich Junger⁵², ao analisar a chamada revolução americana, caracterizada pela mudança de paradigmas preconizada por Cavers e Currie, e concretizada no caso *Babcock*, acima exposto, afirma que ao se distanciarem do sistema tradicional e aplicarem esse novo método de escolha da lei aplicável - "muitas vezes sem uma metodologia visível e sem garantir a certeza jurídica" -, os tribunais americanos objetivavam proteger o direito das vítimas envolvidas em situações jurídicas

⁵⁰ CURRIE, Brainerd APUD Jacob Dolinger. DOLINGER, Jacob. Direito Internacional Privado: Parte Geral. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 15.

⁵¹ CURRIE, Brainerd APUD Nadia de Araujo. ARAUJO, Nadia de. Direito Internacional Privado: Teoria e Prática. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 48.

⁵² JUNGER, Friedrich APUD Nadia de Araujo. ARAUJO, Nadia de. Direito Internacional Privado: Teoria e Prática. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 49-50.

multiconectadas, proteção esta que, muitas vezes, não era garantida pela utilização do método tradicional.

3 DOS CONTRATOS

Este capítulo possui como principal escopo a exposição dos principais aspectos ligados ao estudo dos contratos, trazendo conceitos e críticas atualizadas acerca do assunto. Através do presente capítulo será possível construir a base teórica necessária às incursões que adiante serão feitas ao assunto nuclear desta monografia.

3.1 CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O contrato, observado sob a ótica de Carlos Roberto Gonçalves⁵³, é considerado umas das mais importantes fontes de obrigações desenvolvidas pela sociedade. Isso se deve às suas variadas formas e incontáveis consequências produzidas na seara jurídica. A sua formação depende da participação de no mínimo duas partes, o que o torna, portanto, um negócio jurídico bilateral ou plurilateral. Sob esta lógica, é irrefutável afirmar-se que o fundamento ético do contrato é a vontade humana, desde quando sejam respeitadas as diretrizes existentes e impostas pelo ordenamento jurídico, assevera Caio Mário da Silva Pereira⁵⁴.

Na lição de Arnaldo Rizzardo⁵⁵, o contrato pode ser definido como a "convenção resultante do encontro de duas ou mais vontades, que se obrigam entre si, no sentido de dar, fazer ou não-fazer alguma coisa". Concordando com o posicionamento de Caio Mário, Arnaldo Rizzardo propõe o desdobramento do conceito de contrato, a partir do qual se torna clara a bilateralidade do referido ato jurídico, no momento em que é exigido o consentimento válido, derivado de vontades livres, espera-se a conformidade com as diretrizes do ordenamento jurídico e, não obstante, possui objetivos específicos, no caso, a produção de direitos.

Mister se faz abordar, também, aspectos dos contratos que transcendem o campo puramente jurídico que os compõe. É o que defende Enzo Roppo⁵⁶ ao afirmar que o

⁵³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Contratos e Atos Unilaterais*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 21-22.

⁵⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 1-2.

⁵⁵ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 6.

⁵⁶ ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 7.

conceito de contrato não pode ser profundamente compreendido se este conceito for limitado e considerado tão somente numa dimensão unicamente jurídica. Os conceitos jurídicos de uma forma generalizada, bem como o conceito de contrato, "reflectem sempre uma realidade exterior a si próprios, uma realidade de interesses, de relações, de situações económico-sociais, relativamente aos quais cumprem, de diversas maneiras, uma função instrumental".

Estes interesses, relações e situações que compõem a verdadeira essência de qualquer contrato podem ser concentrados na ideia de operação económica. "Falar de contrato significa sempre remeter - explícita ou implicitamente, directa ou mediamente - para a ideia de operação económica"⁵⁷. Pode-se dizer então, que, o contrato é a vestimenta jurídico-formal de operações económicas.

Para proporcionar um melhor entendimento sobre este assunto abordado por Enzo Roppo, esclarece o próprio autor o conceito de relações económicas, apontando suas características objetivas:

Muito simplesmente, pode dizer-se que existe operação económica - e portanto possível matéria de contrato - onde existe *circulação de riqueza*, actual ou potencial *transferência de riqueza* de um sujeito para outro (naturalmente, falando de riqueza não nos referimos só ao dinheiro e aos outros bens materiais, mas consideramos todas as utilidades susceptíveis de avaliação económica, ainda que não sejam coisas em sentido próprio: nestes termos, até a promessa de fazer ou de não fazer qualquer coisa em benefício de alguém, representa, para o promissário uma riqueza verdadeira e própria como adianta melhor se verá)⁵⁸.

A história evolutiva dos contratos pode se estabelecer em dois importantes momentos históricos, são eles: o voluntarismo do século XIX, no qual a autonomia da vontade dos contratantes sofria limitação, isto é, os agentes económicos "transformavam em ato toda a potência de suas vontades"⁵⁹. Num seguinte momento, no qual o Estado adquire mais encargos e prerrogativas, o que o levou a regular o desempenho desses agentes, portanto, muda-se para o posterior momento histórico do dirigismo contratual. Dessa forma, "a ação intervencionista do Estado

⁵⁷ *Ibidem*, p. 8.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 13.

⁵⁹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem económica na constituição de 1988**. 8 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2003, p. 84.

acaba por impor a reformulação da teoria ortodoxa dos fundamentos do contrato, levando a uma minimização dessas prerrogativas⁶⁰.

No decorrer de sua história, os contratos passaram por diversas transformações, tendo em vista se tratar de instrumento jurídico e, implacavelmente, sofrer mudanças decorridas dos fatos sociais. Reportando-se ao período Iluminista do século XIX, em razão do código napoleônico, o contrato tinha como principal argumento a força obrigatória dos contratos, conhecida como *pacta sunt servanda*, e também a autonomia da vontade. O referido período histórico destacou-se pelo crescimento da importância atribuída à propriedade privada e à liberdade individual.

Esse entendimento voluntarista a respeito do contrato foi o fundamento que baseou o Código Civil brasileiro de 1916, que tinha como elementos nucleares a propriedade e o indivíduo⁶¹.

As profundas transformações ocorridas na seara contratual aconteceram com o surgimento do Código Civil brasileiro de 2002. Dessa forma, distanciaram-se as percepções individualistas e voluntaristas que direcionavam este instrumento em outras épocas.

Valores novos foram inseridos no ordenamento jurídico em normas constitucionais e também em normas infraconstitucionais. Sendo assim, princípios como a boa-fé contratual, a função social dos contratos, o equilíbrio econômico, e outros princípios de ordem pública, foram determinantes para a limitação da autonomia privada.

Os contratos, considerados institutos jurídicos do direito civil, passou por intensas transformações proporcionadas pelo fenômeno da constitucionalização do direito privado. Após o surgimento da Constituição Federal de 1988, hodiernos valores foram introduzidos no direito privado, isto promoveu a inoculação da ordem pública no campo privatista, objetivando a regulação e o estabelecimento de limites aos agentes privados em defesa da solidariedade social.

Para Teresa Negreiros⁶², os argumentos básicos da ótica do direito civil-constitucional são os valores e os princípios constitucionais. Estes princípios e

⁶⁰ *Ibidem, loc. cit.*

⁶¹ DUQUE, Bruna Lyra. **O direito contratual e a intervenção do Estado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 105.

⁶² NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 62.

valores figuram uma direta e estreita relação com a área privada, tendo como objetivo a funcionalização dos institutos de direito privado com o intuito de garantir e promover o desenvolvimento da pessoa humana.

A análise constitucional aplicada sobre o direito civil concede novas bases fundamentais e limites à liberdade contratual. Posto isso, aqueles princípios que outrora eram o fundamento do instituto do contrato, passaram por transformações devido à despatrimonialização e funcionalização do direito⁶³.

As partes contratantes no momento de pactuar suas contratações sofrem imposições de ordem constitucional e legal para nortear a livre determinação dos negócios jurídicos. Em razão disso, diz-se que a preponderância da autonomia dos negócios de antigamente foi rompida pelas novas delimitações atribuídas pelo fenômeno da constitucionalização do direito privado⁶⁴.

3.2 REQUISITOS DE VALIDADE

Em consonância com os ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves⁶⁵, as condições de validade do contrato perpassam pelo que se pode chamar de requisitos de validade. Sem estes requisitos, o negócio jurídico fica impedido de produzir seus efeitos, impossibilitando a aquisição, modificação ou extinção de direitos. A ausência de apenas um requisito, o negócio jurídico é considerado inválido e, por isso, pode ser declarado nulo ou anulável.

Existem duas espécies de requisitos de validade dos contratos, quais sejam: a de ordem geral, que são comuns a todos os atos e negócios jurídicos (capacidade do agente, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e a forma prescrita ou não defesa em lei); e a de ordem especial, específicos dos contratos (consentimento recíproco ou acordo de vontades)⁶⁶.

São três os grupos que dividem os requisitos de validade dos contratos: subjetivos, objetivos e formais.

⁶³ *Ibidem*, p. 106.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 108.

⁶⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Contratos e Atos Unilaterais*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 33-34.

⁶⁶ *Ibidem*.

Segundo Caio Mário da Silva Pereira⁶⁷, em frente aos requisitos subjetivos vê-se, claramente, a capacidade das partes. É de suma importância que os contratantes sejam aptos a emitir validamente sua vontade. Caio Mário assevera que "exige-se, mais, que nenhuma das partes seja portadora de inaptidão específica para contratar. Com efeito, a lei estabelece, muitas vezes, restrições à faculdade de contratar, ou de celebrar um dado contrato"⁶⁸.

Na lição do supracitado autor,

Restringe-se a liberdade de contratar em termos gerais, ou em termos especiais, quando uma pessoa não pode celebrá-los de modo geral ou não pode concluir um em particular. Não se trata de incapacidade no sentido ordinário, pois que o contratante guarda o poder genérico para participar dos atos da vida civil. É mesmo restrição ou inaptidão confinada ao campo específico do poder de contratar. Nos seus efeitos, assemelham-se às incapacidades, e, como estas, geram a ineficácia do ato, ora absoluta⁶⁹.

Em atenção ao pressuposto de que o contrato nasce do acordo de vontades ou consentimento das partes que o compõem, o requisito subjetivo pode ser exprimido como aptidão para consentir.

O consentimento responsável por gerar o contrato deve abranger seus três aspectos, são eles: o acordo a respeito da existência e natureza do contrato, o acordo acerca do objeto do contrato e o acordo sobre as cláusulas que o compõem. O consentimento, na condição de pressuposto material dos contratos, demanda a enunciação da vontade de duas ou mais pessoas⁷⁰.

No que diz respeito aos requisitos objetivos, estes fazem referência ao objeto do contrato que deve ser lícito, possível, determinado ou determinável, segundo dispõe o Código Civil de 2002⁷¹ em seu art. 104, II. Dessa forma, a o contrato é considerado válido quando presentes:

a) *Licitude de seu objeto* - Objeto lícito é o que não atenta contra a lei, a moral ou os bons costumes. Objeto imediato do negócio é sempre uma conduta humana e se denomina prestação: dar, fazer ou não fazer. Objeto

⁶⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 14.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 14-15.

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ BRASIL. Código Civil. 8ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

mediato são os bens ou prestações sobre os quais incide a relação jurídica obrigacional.

b) *Possibilidade física ou jurídica do objeto* - O objeto deve ser, também, possível. Quando impossível, o negócio é nulo (CC, art. 166, II). A impossibilidade do objeto pode ser física ou jurídica. Impossibilidade *física* é a que emana das leis físicas ou naturais. Deve ser absoluta, isto é, alcançar a todos, indistintamente, como, por exemplo, a que impede o cumprimento da obrigação de tocar a Lua com a ponta dos dedos, sem tirar os pés da Terra. A relativa, que atinge o devedor mas não as outras pessoas, não constitui obstáculo ao negócio jurídico, como proclama o art. 106 do Código Civil.

c) *Determinação do objeto* - O objeto do negócio jurídico deve ser, igualmente, determinado ou determinável (indeterminado relativamente ou suscetível de determinação no momento da execução). Admite-se, assim, a venda de *coisa incerta*, indicada ao menos pelo gênero e pela quantidade (CC, art. 243), que será determinada pela escolha, bem como a *venda alternativa*, cuja indeterminação cessa com a concentração (CC, art. 152).⁷²

Quanto aos requisitos formais de validade do negócio jurídico, como a própria expressão denota, fazem referência à forma, que é o meio através do qual se revela a vontade. Vontade esta que deve ser prescrita ou não defesa em lei. Importante aduzir que existem dois sistemas referentes à prova como requisito de validade do negócio jurídico, quais sejam, o consensualismo, da liberdade de forma, e o formalismo, da forma obrigatória.⁷³

Carlos Roberto Gonçalves certifica⁷⁴ que os direitos romano e alemão eram, num primeiro momento, formalistas. Em seguida, sob a influência do cristianismo e em decorrência das crescentes necessidades do intenso movimento comercial da Idade Média, "passaram do formalismo conservador ao princípio da liberdade da forma".

Para melhor ilustrar o formalismo contratual, Carlos Roberto Gonçalves apresenta suas três espécies:

a) *Forma livre* - É a predominante no direito brasileiro (CC, art. 107). É qualquer meio de manifestação da vontade, não imposto obrigatoriamente

⁷² GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Contratos e Atos Unilaterais. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 37-38.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ *Ibidem*. p. 38-39.

pela lei (palavra escrita ou falada, escrito público ou particular, gestos, mímicas, etc.).

b) *Forma especial ou solene* - É a exigida pela lei, como requisito de validade de determinados negócios jurídicos. Em regra, a exigência de que o ato seja praticado com observância de determinada solenidade tem por finalidade assegurar a autenticidade dos negócios, garantir a livre manifestação da vontade, demonstrar a seriedade do ato e facilitar a sua prova.

c) *Forma contratual* - é a convencionada pelas partes. O art. 109 do Código Civil dispõe que, "no negócio jurídico celebrado com a cláusula de não valer sem instrumento público, este é da substância do ato". Os contratantes podem, portanto, mediante convenção, determinar que o instrumento público torne-se necessário para a validade do negócio.⁷⁵

É importante destacar que a forma, sob a ótica do direito brasileiro, segue a regra de ser livre. Sendo possibilitada às partes do contrato, a forma como querem celebrá-lo: por escrito, particular ou público, ou verbalmente, com exceção dos casos em que a lei, para oferecer maior segurança ao negócio, impõe a forma escrita, particular ou pública. Deste modo, pode-se deduzir que o consensualismo é a regra, enquanto que o formalismo é a exceção.

3.3 TEMPO E LUGAR DE CELEBRAÇÃO

Consideram-se realizados os contratos no momento em que a vontade das partes se acordam, em uma real acomodação de interesses. Deste modo, necessário é que exista uma proposta e uma aceitação. No ensinamento de Álvaro Villaça Azevedo⁷⁶, "os contratos formam-se, assim, no momento em que a *proposta*, também conhecida por *oferta* ou *policitação*, é aceita".

Com a simples proposta do negócio, o proponente obriga-se, é o que preceitua o Código Civil, em seu art. 427. No caso de rompimento desta proposta, será considerado inadimplente e, estará obrigado ao pagamento de perdas e danos no caso de terem sido efetivamente causados. Esse mesmo dispositivo legal, ora em

⁷⁵ *Ibidem*, p. 39-40.

⁷⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos. São Paulo: Atlas, 2004. p. 48.

tela, exclui essa obrigatoriedade da proposta, caso o contrário resultar de seus termos, da natureza do negócio ou das circunstâncias do caso e, não obstante, o art. 428 do Código Civil faz referência a determinados casos nos quais a proposta deixa de ser obrigatória⁷⁷.

Acerca do mesmo tema, Caio Mário da Silva Pereira⁷⁸ explica que, sendo o contrato considerado um negócio jurídico bilateral, faz-se necessário o acordo de vontade das partes contratantes que, segundo o referido autor, não é apenas um requisito de validade, mas também pode ser considerado pressuposto existencial do próprio ato. De acordo com este mesmo autor, a fixação do momento em que ocorre a conjugação ou o acordo das vontades é ponto fundamental para a resolução do problema da formação do contrato, objeto de discussão entre alguns autores. Deste modo, Caio Mário aduz que no instante em que se dá o acordo das vontades, manifestadas segundo a forma livre ou determinada, a depender do caso, coincidam, ou justaponham-se, ou se encontrem, neste momento o contrato nasce.

Está, portanto, formado o contrato desde que as partes façam coincidir as suas vontades em um mesmo ponto e para a obtenção de certos efeitos. Não nasce ele, entretanto, todo pronto, como Minerva armada da cabeça de Júpiter. É, ao revés, o resultado de uma série de momentos ou fases, que às vezes se interpenetram, mas que a detida análise perfeitamente se destacam: negociações preliminares, proposta, aceitação.⁷⁹

No que tange ao lugar em que se reputa celebrado o contrato, estabelece o art. 435 do Código Civil que "reputar-se-á celebrado o contrato no lugar em que foi proposto". Sobre o assunto, Sílvio de Salvo Venosa⁸⁰ assevera que "o lugar do contrato é importante para a lei aplicável, em âmbito internacional". Neste sentido, o art. 9º, § 2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Decreto Lei nº 4.657/42 (antiga Lei de Introdução ao Código Civil que teve o nome alterado pela Lei nº 12.376 de 30 de dezembro de 2010), dispõe que "a obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente". Portanto, a regra geral é a aplicação da lei do local em que foi feita a proposta.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 18.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 19.

⁸⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. São Paulo: Atlas, 2012, p. 523.

Eugênio Kruschewsky⁸¹ aduz que o art. 435 do Código Civil, acima citado, estabelece que reputar-se-á celebrado o contrato no lugar em que fora proposto. desta forma, pode-se inferir que tanto no que diz respeito ao tempo, quanto ao lugar de celebração do contrato, o Código Civil optou pela teoria da expedição, mas com uma diferença: "em relação ao tempo foi adotada a teoria da expedição da resposta e no que tange o lugar foi adotada a teoria da expedição proposta". A referida disposição possui relevante importância prática, principalmente no que pertine à hermenêutica contratual, segundo a qual, as cláusulas ambíguas ou duvidosas devem ser interpretadas de acordo com o costume do lugar no qual foram estipuladas.

Sabendo-se disto, o lugar de celebração do contrato, assim como explica Sílvio de Salvo Venosa, é de suma importância para o DIPr, isto porque é a partir dele que se definirá não apenas o foro competente para julgar as causas que por ventura surjam da relação jurídica estabelecida, mas também a determinação da lei aplicável à relação contratual⁸².

[...] cumpre salientar que o art. 9º, § 2º da LICC cinge-se às contratações entre ausentes. Os contratos entre presentes dependerão, quanto aos seus reflexos no direito internacional privado, da lei do local onde forem contraídos, pouco importando a nacionalidade, o domicílio ou a residência dos contratantes. É o que dispõe o art. 9º, *caput*, da LICC, ao afirmar que "*para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem*".⁸³

Maria Helena Diniz⁸⁴ ainda esclarece que o verbo "residir" presente no art. 9º, § 2º, da LINDB, deve ser interpretado no sentido do verbo "estar". Com efeito, o lugar no qual reside o proponente significa, na verdade, o local onde ele estiver. Por isso, ambos os dispositivos se confirmam, afinal, referem-se ao local onde fora realizada a proposta. A autora ainda destaca que a partir leitura do referido dispositivo da LINDB, o qual se refere expressamente à residência e não ao domicílio, não deixa dúvidas quanto ao afastamento do critério do *lex domicilli* do proponente. Em suma, residência indica apenas o local da proposta.

⁸¹ KRUSCHEWSKY, Eugênio. Teoria Geral dos Contratos Civis. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 67.

⁸² *Ibidem*, p. 68.

⁸³ KRUSCHEWSKY, Eugênio. Teoria Geral dos Contratos Civis. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 68-69.

⁸⁴ DINIZ, Maria Helena. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro Interpretada. São Paulo: Saraiva, 2012.

3.4 PRINCÍPIOS NORTEADORES

Para início das ponderações acerca dos princípios que norteiam esse importantíssimo instituto do direito privado, mister se faz abordar os novos paradigmas que vêm sendo trazidos ao campo dos contratos e que remodelaram os antigos princípios pertinentes aos contratos. Os princípios mais antigos que circundavam esse instituto jurídico do contrato não foram absolutamente esquecidos, porém, atualmente, ganharam novas perspectivas. Assevera Teresa Negreiros⁸⁵ que o modelo contratual clássico não fora anulado completamente, apenas ocorreram modificações em sua essência.

Novos princípios, tais como a boa-fé, o equilíbrio econômico e a função social foram grandes responsáveis pelos recentes contornos aplicados ao direito dos contratos. Teresa Negreiros⁸⁶ aduz que se é concebível ocorrer a criação de diversificados contratos, provenientes de um possível diálogo estabelecido entre velhos e novos princípios contratuais.

A força obrigatória dos contratos e também o consensualismo, foram os valores basilares que sustentaram as relações jurídicas no século XIX. Já no período histórico do liberalismo econômico, não se eram atribuídas à relação contratual, limitações de natureza heterônoma, desse modo, tinham como legitimação tão somente o consensualismo. Neste sentido, Teresa Negreiros⁸⁷ entende que o contrato poderia ser considerado o instrumento de limitação, propriamente dito, da liberdade individual, pelo simples motivo de que é pautado no consentimento das partes, estando estas sujeitas à limitação da “força obrigatória do vínculo entre eles voluntariamente formado”.

Entende-se que a autonomia da vontade, o consensualismo e a força obrigatória dos contratos foram os princípios norteadores de maior relevância para a seara contratual nessa época.

⁸⁵ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 110.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 114.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 26.

Após a ocorrência do fenômeno da constitucionalização do direito civil, o campo do direito privado foi invadido por valores e princípios constitucionais e tornaram-se obrigatórios para a ocorrência das relações particulares.

Princípios novos, tais como o princípio da dignidade da pessoa humana, equilíbrio econômico, solidariedade social, igualdade substancial, etc, fazem-se muito presentes no rol principiológico atualmente adotado. Mas também, essas novas características proporcionaram a análise de alguns princípios específicos que são, hoje, regulamentadores das relações contratuais.

O princípio da *pacta sunt servanda*⁸⁸ na hodierna situação civil-constitucional, afasta-se da sua condição dogmática, passando a admitir mitigações perante a igualdade substancial, caso torne-se necessário que a parte mais frágil da relação contratual receba maior proteção.

No que se refere aos princípios dos efeitos relativos dos contratos, à eficácia dos contratos, no passado afirmava-se que a eficácia era somente entre as partes e tão somente aos contratantes diziam respeito. Contemporaneamente, observa-se que os contratos possuem repercussão além da relação contratual, atribuindo eficácia que ultrapassa a esfera jurídica unicamente das partes e que, portanto, podem alcançar e atingir a esfera jurídica de terceiros.

Dentre os novos princípios contratuais, tem-se a boa-fé objetiva, que foi responsável pela implementação de um viés mais axiológico e ético para relação contratual. E, não obstante, fora tomada pela legislação civilista tal qual um importante limite ao exercício dos direitos subjetivos; elemento hermenêutico dos negócios jurídicos e fonte de ratificação de desequilíbrios possivelmente presentes nos contratos.

A função social dos contratos, por sua vez, se configura como grande orientador de toda a mudança de paradigmas ora apresentada, é o princípio base dos contratos. Dessa forma, o Código Civil pátrio em seu art. 421, estabeleceu que a liberdade contratual “deve ser exercida em razão e nos limites da função social do contrato⁸⁹”.

⁸⁸ "*Pacta sunt servanda*", segundo os romanos, determinava que os pactos realizados por particulares deveriam ser cumpridos de qualquer maneira. Não havendo espaço para lacunas ou relativizações depois que o contrato era assinado. Afirmava-se que os contratos deveriam ser obrigatórios em relação aos pactuantes, isto é, tornava-se lei entre as partes [GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.78]

⁸⁹ BRASIL. **Código civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 19 set. 2012.

Assim, a função social dos contratos torna-se intimamente ligada ao princípio da solidariedade, pois impõe à relação contratual “a funcionalização das situações jurídicas⁹⁰”, isto é, os contratos, quando feitos, devem ser pensados além daquela relação jurídica nele estabelecida, posto que sofrem condicionantes sociais.

Cumprir analisar que, entre os mais antigos e os mais recentes princípios, não há antinomias, afinal de contas tratam-se de princípios, não de regras.

3.4.1 Autonomia privada

O conceito mais restrito de autonomia da vontade, segundo Roxana Borges⁹¹,

Corresponde ao poder de realização de negócios jurídicos, ou seja, a liberdade negocial. Entende-se, em geral, autonomia privada como o poder atribuído pelo ordenamento jurídico ao indivíduo para que este possa reger, com efeitos jurídicos, suas próprias relações. Esse poder confere às pessoas a possibilidade de regular, por si mesmas, as próprias ações e suas consequências jurídicas, ou de determinar o conteúdo e os efeitos de suas relações jurídicas, tendo o reconhecimento e podendo contar com a proteção do ordenamento jurídico.

Luigi Ferri⁹² ao estudar o princípio da autonomia privada aduz que este princípio é sinônimo de poder de disposição, para o autor, possuem o mesmo conceito. Nesse diapasão, Luigi Ferri assevera que o poder de disposição quer dizer poder de ditar normas, afinal de contas, no seu entendimento acerca do negócio jurídico, este é considerado uma norma jurídica, enquanto a autonomia privada é considerado um poder normativo.

Aplicando-se uma concepção voluntarista sobre o princípio da autonomia privada, tem-se este princípio como o vetor primordial do direito privado. Por meio dele, os

⁹⁰ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 211.

⁹¹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 46-47;

⁹² Luigi Ferri APUD Roxana Cardoso Brasileiro Borges. BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 47.

indivíduos podem encontrar a liberdade de inventar, alterar ou extinguir situações jurídicas subjetivas⁹³.

Com base no princípio da autonomia privada, os indivíduos possuem autodeterminação para atuarem respaldados na liberdade, desde quando não contrariem princípios e valores do ordenamento jurídico pátrio. Na doutrina de Rose Meireles⁹⁴, a autonomia privada, fazendo uso da etimologia da palavra, implica em “auto-governo, a possibilidade de ditar normas a si próprio”.

A autonomia privada tem repercussão no direito privado pátrio intermediada pelos negócios jurídicos, que proporcionam uma visão economicista a este importante princípio por meio, é claro, dos contratos. A autonomia privada, então, pode ser percebida através de negócios jurídicos estabelecidos entre particulares⁹⁵.

O advento dos novos paradigmas citados anteriormente, provocou uma importante mudança nos institutos clássicos do direito privado. Principalmente no que diz respeito aos negócios jurídicos. Como os contratos são negócios jurídicos bilaterais, instrumentos de maior relevância no universo das relações privadas, também sofreram grande influência desses paradigmas.

Por isso, os princípios contratuais, que antes eram considerados absolutos, adquiriram uma nova roupagem. Os contratos, influenciados pelos novos paradigmas e provenientes de um determinado contexto social, começam a consagrar novos princípios fundamentais.

Fernando Noronha⁹⁶ ensina que os novos paradigmas do direito civil foram responsáveis por trazer aos contratos a influência de três novos princípios que lhe passaram a ser fundamentais, são eles, o princípio da autonomia privada (com uma nova leitura); o da boa-fé objetiva e o da justiça contratual.

Fernando Noronha⁹⁷ assevera que o princípio da autonomia privada pode ser vislumbrado por duas perspectivas extrajurídicas, sendo uma filosófica e outra econômica. Aquela pode ser vista como um valor intrínseco à pessoa, na qual, sob a

⁹³ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 68.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 74.

⁹⁵ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 69.

⁹⁶ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 113.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 114.

ótica kantiana, o ser é essencialmente livre, o que unifica o fundamento ideológico do Direito Privado. De outro lado, numa seara econômica, a autonomia privada encontra proteção no liberalismo econômico, pautado na livre iniciativa.

Nesse sentido, assegura o autor que a autonomia privada nada mais é do que a liberdade que os indivíduos têm para regulamentarem suas relações jurídicas, por meio de negócios jurídicos⁹⁸.

Importante demonstrar que atualmente o que se entende é que o princípio da autonomia da vontade, atualmente é estabelecido sob uma nova perspectiva, provocada pelos novos paradigmas, que deu lugar à autonomia privada. Por isso, é importante que se analise esses diferentes princípios separadamente, apontando, quando possível, suas distinções e similitudes.

3.4.2 Boa-fé

Discorrer sobre o princípio da boa-fé exige, antes de mais nada, a demonstração da distinção presente entre os conceitos de boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva, aduzida por Fernando Noronha⁹⁹, segundo o qual a primeira faz referência a dados fundamentalmente psicológicos, isto é, dados internos; enquanto a segunda diz respeito a dados externos, ou seja, regras relativas à conduta, à maneira como se deve agir.

A boa-fé subjetiva pode ser considerada "um estado de ignorância sobre características da situação jurídica que se apresenta, suscetíveis de conduzir à lesão de direitos de outrem"¹⁰⁰. Sob o efeito da boa-fé subjetiva, a pessoa acha que possui determinado direito, quando na verdade não o possui, pois este direito só existe aparentemente. Esse direito aparente provoca na pessoa um estado de confiança subjetiva que o leva a alimentar expectativas que o titular pensa serem legítimas.

Discute-se sobre se, para se ter como caracterizada a boa-fé subjetiva, basta a mera ignorância do interessado sobre a real situação que tem

⁹⁸ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 115.

⁹⁹ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 131-132.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 132.

diante de si, como se entende na concepção chamada de *psicológica*, ou se é exigível que o estado de ignorância seja desculpável, como é sustentável nos quadros do chamado entendimento *ético* da boa-fé, que, aliás, é predominante.¹⁰¹

Importante salientar que nesta concepção subjetiva, psicológica, da boa-fé, há uma contraposição à má-fé. Quando a pessoa desconhece ou ignora fatos reais, mas não o faz incorrendo em grave erro, diz-se que está agindo de boa-fé. Quando não ignora esses fatos reais, diz-se que está agindo de má-fé. Portanto, segundo o autor recém citado, "nos quadros da concepção ética da boa-fé, exige-se, para que se possa falar em boa-fé subjetiva, uma ignorância que seja *desculpável* da situação de lesão de direito alheio".

A boa-fé objetiva, que mais interessa ao estudo dos contratos, se diferencia da boa-fé subjetiva, na medida em que esta é um estado, enquanto aquela é um dever, uma regra de conduta. A boa-fé objetiva é, então, um "dever de agir de acordo com determinados padrões, socialmente recomendados, de correção, lisura, honestidade, para, [...], não frustrar a confiança legítima da outra parte".¹⁰²

Consubstanciando-se à distinção proposta por Fernando Noronha, Judith Martins-Costa¹⁰³ assevera que a expressão "boa-fé subjetiva" significa "estado de consciência", ou seja, o convencimento individual da parte de agir em conformidade ao direito aplicável, portanto, "diz-se 'subjetiva' justamente porque, para sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito na relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção".

Ainda de acordo com os ensinamentos de Judith Martins-Costa acerca do tema ora em análise, depreende-se que

A boa-fé subjetiva denota, portanto, primariamente, a ideia de ignorância, de crença errônea, ainda que escusável, acerca da existência de uma situação regular, crença (e ignorância escusável) que repousam seja no próprio estado (subjetivo) da ignorância (as hipóteses do casamento putativo, da aquisição da propriedade alheia mediante usucapião), seja numa errônea aparência de certo ato (mandato aparente, herdeiro aparente etc). Pode denotar, ainda, secundariamente, a ideia de vinculação ao pactuado, no

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 133.

¹⁰² *Ibidem*, p. 136.

¹⁰³ MARTINS-COSTA, Judith. A Boa-fé no Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 411.

campo específico do direito contratual, nada mais aí significando do que um reforço ao princípio da obrigatoriedade do pactuado, de modo a se poder afirmar, em síntese, que a boa-fé subjetiva tem o sentido de uma condição psicológica que normalmente se concretiza no convencimento do próprio direito, ou na ignorância de se estar lesando direito alheio, ou na adstrição "egoística" à literalidade do pactuado.¹⁰⁴

No que diz respeito ao conceito de boa-fé objetiva, a recém citada autora explica que a ele estão implícitos as ideias e os ideais que fundamentaram a boa-fé germânica, isto é, aquela tida como regra de conduta pautada na honestidade, na lealdade. A boa-fé objetiva caracteriza-se, deste modo, como uma norma de comportamento leal. "É, por isso mesmo, uma norma necessariamente nuançada, a qual, contudo, não se apresenta como uma espécie de panaceia de cunho moral incidente da mesma forma a um número indefinido de situações"¹⁰⁵.

Paulo Nalin¹⁰⁶, ao abordar o tema, sugere uma discussão acerca da definição de boa-fé objetiva, enquanto de forma unânime é exaltada pela doutrina nacional como *standard* jurídico e a utilização da figura abstrata do homem médio, sobre a qual pouco se reflete, muito utilizada "para fins de interpretação do comportamento contratual dos sujeitos", muitas vezes não condiz com o homem médio da sociedade brasileira.

A boa-fé relacionada à figura do *standard* comportamental, objeto de reflexão do supra citado autor, é apresentado por Cláudia Lima Marques¹⁰⁷ quando sentencia que

Inicialmente é necessário afirmar que a boa-fé objetiva é um *standard*, um parâmetro objetivo, geral, que não está a depender da má-fé subjetiva do fornecedor A ou B, mas de um patamar geral de atuação, do homem médio, do bom pai de família que agiria de maneira normal e razoável naquela situação analisada.

Esse "homem médio", segundo Paulo Nalin, tem origem indiscutivelmente europeia e encontra muita projeção nos ordenamentos jurídicos de países da *common law*, o que, observada sob uma perspectiva direcionada à realidade dos países da América

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 412.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 412.

¹⁰⁶ NALIN, Paulo. Do Contrato: Conceito Pós-moderno (Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional). Curitiba: Juruá, 2004, p. 130-131.

¹⁰⁷ MARQUES, Cláudia Lima APUD Paulo Nalin. NALIN, Paulo. Do Contrato: Conceito Pós-moderno (Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional). Curitiba: Juruá, 2004, p. 130.

Latina, pode ser considerada artificial, "descompromissando o Poder Judiciário da investigação material das desigualdades sociais, visando superá-las"¹⁰⁸.

A origem essencialmente europeia do "homem médio" trazida à baila por Paulo Nalin, e muitas vezes não condizente com a realidade social vivida no Brasil, encontra explicação na lição de Judith Martins-Costa¹⁰⁹ quando a autora correlaciona a boa-fé objetiva a uma figura abstrata, fundamentando-se na interpretação conferida ao § 242 do Código Civil alemão, muito disseminado em outros ordenamentos, principalmente aqueles de países da *common law*, sendo a boa-fé objetiva um "modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico, segundo o qual 'cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade'".

Orlando Gomes¹¹⁰ preceitua que, em se tratando de princípio amplo e carecido de concretização no mundo fático, "procurou-se sistematizar os diferentes papéis da boa-fé no campo contratual. A mais difundida é a classificação tripartite das funções do princípio da boa-fé (*função interpretativa, função supletiva e função corretiva*)."

A função interpretativa da boa-fé se faz presente no Código Civil, em seu art. 113. A interpretação dos contratos pode ser realizada em dois momentos, tendo o primeiro o objetivo de determinar a intenção atribuída pelos pactuantes à declaração contratual. Ocorre que, com certa frequência, esta declaração contratual apresenta algumas deficiências que não podem ser supridas por meio, apenas, da busca pela intenção dos pactuantes. Deste modo, vislumbra-se a ocorrência do segundo momento da interpretação dos contratos, cujo escopo é o ajuste dessas deficiências e segue critérios objetivos da boa-fé.¹¹¹

Já a função supletiva da boa-fé, tem a função de criar deveres anexos. Além daqueles deveres principais que compõem o centro da relação contratual, "há deveres não expressos cuja finalidade é assegurar o perfeito cumprimento da prestação e a plena satisfação dos interesses envolvidos no contrato"¹¹². São eles

¹⁰⁸ NALIN, Paulo. *Do Contrato: Conceito Pós-moderno* (Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional). Curitiba: Juruá, 2004, p. 130-131.

¹⁰⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 411.

¹¹⁰ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 44.

¹¹¹ *Ibidem*.

¹¹² *Ibidem*, 44-45.

os deveres de custódia, sigilo, informação, colaboração, etc. Importante frisar que a boa-fé, na condição de fonte geradora de deveres, está presente no art. 422 do Código Civil

Finalmente, a função corretiva da boa-fé "atua principalmente no controle das cláusulas abusivas e como parâmetro para o exercício das posições jurídicas"¹¹³. Esta função se faz presente no art. 187 do Código Civil de 2002 ao torná-la um dos critérios de determinação do abuso de direito.

3.4.3 Função social

Antes de mais nada, cumpre demonstrar que a função social dos contratos foi instituída expressamente pelo art. 421 do Código Civil de 2002. Segundo os dizeres de Flávio Tartuce¹¹⁴ acerca do tema, os contratos, na atualidade, devem ser interpretados em consonância com a percepção que se deve ter do meio social no qual as partes pactuantes estão inseridas para que, deste modo, elas sejam protegidas de excessiva onerosidade ou situações de injustiça que por ventura possam existir, "garantindo que a igualdade entre elas seja respeitada, equilibrando a relação em que houver a preponderância da situação de um dos contratantes sobre a do outro". Tem-se, então, uma maior valorização da razoabilidade, da equidade e do bom senso.

Fernando Noronha¹¹⁵ observa que a grande importância da função social do contrato consiste na ideia de alertar para o fato de que a liberdade contratual não pode ser defendida, justificada, quando implicar em iniquidades que agridam valores de justiça. Contudo, paira uma dúvida no ar: como determinar o ponto no qual liberdade e justiça se equilibram? A respeito desta questão, o referido autor apresenta algumas reflexões:

Por um lado, o respeito pela autonomia privada, que é tradução jurídica da livre iniciativa do sistema político-econômico em que vivemos, leva à necessidade de em princípio tutelar a confiança dos agentes na estabilidade

¹¹³ *Ibidem*, p. 45.

¹¹⁴ TARTUCE, Flávio. Função Social dos Contratos do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002. São Paulo: Método, 2007, p. 239.

¹¹⁵ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 81.

dos contratos celebrados, até como forma de facilitar a circulação de riquezas e assegurar a maximização do aproveitamento econômico. Por outro lado, porém, tal estabilidade não pode prevalecer quando haja grave desequilíbrio entre direitos e obrigações das partes, devido a certas causas¹¹⁶.

Nesse mesmo sentido, Enzo Roppo¹¹⁷ pondera que

Analogamente, se é verdade que a sua disciplina jurídica - que resulta definida pelas leis e pelas regras jurisprudenciais - corresponde instrumentalmente à realização de objetivos e interesses valorados consoantes as opções políticas e, por isso mesmo, contingentes e historicamente mutáveis, daí resulta que o próprio modo de ser e de se conformar do contrato como instituto jurídico, não pode deixar de sofrer a influência decisiva do tipo de organização político-social a cada momento afirmada. Tudo isto se exprime através da fórmula da *relatividade do contrato* (como aliás de todos os outros institutos jurídicos): o contrato muda a sua disciplina, as suas funções, a sua própria estrutura segundo o contexto econômico-social em que está inserido.

Segundo Tereza Negreiros¹¹⁸, assim como os outros princípios estruturantes do atual direito dos contratos, a função social "aprofunda os questionamentos à ótica individualista, compondo um aspecto a mais da complexa noção de abuso da liberdade contratual". E, de maneira diferente dos contemporâneos princípios da boa-fé e do equilíbrio econômico que para a citada autora estruturam o novo direito contratual, o princípio da função social do contrato, somente após o advento do Código Civil de 2002, passou a receber positividade infraconstitucional explícita, presente no art. 421 da referida Lei.

A autora parte da premissa de que a função social do contrato, na medida em que é presumida tal como um princípio, antes de qualquer outra função que se lhe possa imputar, "significa muito simplesmente que o contrato não deve ser concebido como uma relação jurídica que só interessa às partes contratantes, impermeável às condicionantes sociais que o cercam e que são por ele próprio afetadas"¹¹⁹.

Neste sentido, o contrato não mais se compadece com uma leitura individualista, de acordo com a qual haveria somente limites externos, isto é,

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 82.

¹¹⁷ ROPPO, Enzo. O Contrato. Coimbra: Almedina, 2009, p.24.

¹¹⁸ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 207.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 208.

confins para além dos quais seria concedida aos contratantes uma espécie de salvo-conduto para exercerem a liberdade contratual à maneira oitocentista, isto é, de forma absoluta. Deve, pois, ser reforçada a ideia de que a funcionalização, acima de tudo, é inerente à situação jurídica, conformando-a em seus aspectos nucleares, qualificando-a em sua natureza e disciplina, donde ser equivocada a conceituação da função social como algo que seja contraposto ao direito subjetivo e que o delimite apenas externamente.¹²⁰

Importante frisar a censura exercida sobre o abuso da liberdade contratual como ato ilícito objetivo, presente no art. 187 do Código Civil de 2002, na medida em que, na lição de Cristiano Chaves¹²¹, "o contrato não é um átomo - um universo jurídico hermético e neutro -. mas um fato social que operacionaliza a realização de valores globais". O princípio da função social do contrato demonstra mais uma das inúmeras características da funcionalização dos negócios jurídicos. Dessa forma, depreende-se que "a compreensão da conduta dos contratantes deixa de ser visualizada pelo monopólio de suas vontades, posto submetida a padrões objetivos de controle social de legitimidade"¹²².

3.4.4 Justiça contratual

Na lição de Cristiano Chaves¹²³, a justiça contratual juntamente com a autonomia privada, a boa-fé objetiva e a função social do contrato, constituem-se os princípios fundamentais da teoria contratual e "vinculam-se diretamente ao resguardo da liberdade contratual com ponderação hábil a preservar o equilíbrio econômico das prestações e a correção do comportamento das partes". Concretizando, assim, os princípios da igualdade substancial e da solidariedade nas relações contratuais.

A igualdade substancial, abordada por Fernando Noronha¹²⁴ como justiça substancial, "preocupa-se com o efetivo equilíbrio entre direitos e obrigações de

¹²⁰ *Ibidem*, p. 210-211.

¹²¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito dos contratos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 206.

¹²² *Ibidem*.

¹²³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito dos contratos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 227.

¹²⁴ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 220.

ambas as partes". Importante fazer uma distinção entre esta justiça e a justiça formal, a qual "tem por única preocupação assegurar às partes igualdade no processo de contratação". A igualdade sob o ponto de vista da justiça formal consiste na igualdade de oportunidades, isto é, "quem contrata deve ter liberdade de decidir, deve estar no pleno gozo de suas faculdades e normalmente esclarecido sobre a transação que faz". Entretanto, não questiona se entre os contratantes existem diferenças essenciais que mereçam maior consideração.

A justiça substancial, ou material, por sua vez, não se contenta com essa igualdade puramente formal, "antes, busca assegurar, nos contratos de intercâmbio de bens e serviços, efetivo equilíbrio entre direitos e obrigações de cada uma, de acordo com as exigências da justiça comutativa"¹²⁵.

Após essa diferenciação estabelecida entre a justiça substancial e a justiça formal, mister se faz a análise dos aspectos objetivo e subjetivo deste princípio. Ainda de acordo com as explanações de Fernando Noronha acerca do tema, o autor pondera que

[...] do ponto de vista subjetivo, seria necessário que, na avaliação das partes, cada uma recebesse benefícios iguais ou maiores do que os sacrifícios que estivesse assumindo; do ponto de vista objetivo, será necessário que cada parte, em troca dos compromissos que assume, obtenha benefícios que contrabalancem, de forma adequada, isto é, aproximadamente equivalente, os seus encargos.

Ora, se a intervenção do ordenamento jurídico só se justifica tendo em vista o interesse geral, considerando as consequências econômicas e sociais produzidas no contrato, o equilíbrio entre benefícios e encargos (justiça substancial) que aqui interessa só pode ser o objetivo, nunca o subjetivo.¹²⁶

Pode-se depreender que ao princípio da justiça contratual interessa o alcance do equilíbrio econômico entre os compromissos assumidos e os benefícios esperados entre as partes contratantes, não devendo ser mensurado a partir da avaliação das partes, mas, sim, a partir de critérios objetivos (justiça substancial objetiva).¹²⁷

¹²⁵ *Ibidem*, p. 221.

¹²⁶ *Ibidem*.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 225.

Teresa Negreiros¹²⁸ ao abordar o tema, se refere à justiça contratual como princípio do equilíbrio econômico. A autora afirma que "é possível identificar uma crescente penetração deste princípio no direito positivo". Reflete também que a lesão ocasionada pela desproporção entre prestações contratuais, mesmo sendo uma antiga figura presente no direito romano, a sua contemporânea configuração aponta para o "ressurgimento da ideia de equilíbrio substancial, obscurecida pelo dogma da autonomia da vontade".

As ideias de equilíbrio, equidade e proporcionalidade formam uma complexa tríade no direito dos contratos contemporâneos, aproximando o jurista da reflexão filosófica, que desde sempre elegeu a justiça como um de seus problemas centrais.¹²⁹

Segundo a autora, ainda no que diz respeito ao equilíbrio contratual, o retorno do instituto da lesão é um dos melhores símbolos da valorização deste princípio. Sem a lesão, o princípio do equilíbrio econômico não seria atualmente considerado um dos principais princípios que sustentam a nova teoria contratual.¹³⁰

Cristiano Chaves¹³¹ destaca o afastamento do contrato da dogmática voluntarista de justiça puramente formal. Segundo o autor, é no Estado social que se apresenta a justiça substantiva. Mantendo a sua busca pela utilidade econômica, o contrato exige, também, a garantia de uma substancial igualdade entre os pactuantes, "livre do abuso da posição dominante".

A justiça contratual constitui expressão do princípio consagrado no art. 3, III, da Constituição Federal: O princípio da igualdade substancial. O contrato não deve servir de instrumento para que, sob a capa de um equilíbrio meramente formal, as prestações em favor de um contratante lhe acarretem um lucro exagerado em detrimento do outro contratante. Destarte, o equilíbrio econômico expressa a preocupação da teoria contratual contemporânea com o contratante vulnerável, em face da disparidade de poder negocial, recorrente na sociedade de massas.¹³²

Além da concretização da igualdade substancial acima tratada, a justiça contratual também objetiva, conforme já fora dito por Cristiano Chaves, a concretização do

¹²⁸ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 156-157.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 157.

¹³⁰ *Ibidem*, 169

¹³¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito dos contratos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 228.

¹³² *Ibidem*, p. 229.

princípio da solidariedade contratual. Este, por sua vez, segundo Paulo Nalin¹³³, exprime a ideia de que a relação contratual solidária é aquela que pressupõe-se o existir da concorrência, e não da oposição, no que diz respeito aos interesses e resultados buscados conjuntamente, e a indispensável manutenção da cooperação na relação estabelecida entre as partes contratantes.

Nas palavras de Paulo Nalin:

Desenha-se a conduta da solidariedade entre sujeitos de direito, aqui particularizando a figura dos sujeitos contratantes, à atenção que deve ser dispensada, tanto na formação quanto na definição do negócio jurídico, no senso de ser imperiosa a colaboração entre eles, especialmente, mas não exclusivamente, no momento da execução contratual. Em uma expressão, a solidariedade constitucional é corretora das autonomias privadas envolvidas na relação jurídica, sem embargo de alguma outra função essencial ao próprio contrato.¹³⁴

Percebe-se, então, que a maximização do princípio da justiça contratual em consonância com o do equilíbrio econômico e não obstante ao da solidariedade contratual, conduzem o magistrado a promover o equilíbrio mínimo entre as prestações negociadas pelas partes.¹³⁵

¹³³ NALIN, Paulo. Do Contrato: Conceito Pós-moderno (Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional). Curitiba: Juruá, 2004, p. 174.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 178-179.

¹³⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito dos contratos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 233.

4 DA LIBERDADE DE ESCOLHA DA LEI APLICÁVEL AOS CONTRATOS INTERNACIONAIS: LIMITES E POSSIBILIDADES

O atual capítulo tem por objetivo conceituar e demonstrar as peculiaridades inerentes aos contratos internacionais, analisando-os e diferenciando-os dos contratos internos. Ademais, trata dos limites impostos pelo ordenamento jurídico pátrio à liberdade contratual, correlacionando-a com o princípio da autonomia da vontade, que se mostra essencial para o alcance de possíveis garantias à liberdade de escolha da lei aplicável.

4.1 LIBERDADE CONTRATUAL

Na concepção de Fernando Noronha¹³⁶, a liberdade contratual toma para si grande importância no momento em que a autonomia privada ganha relevância, seja por motivos de ordem econômica, seja por motivos de ordem social.

A liberdade contratual sendo consequência da liberdade individual e também da autonomia privada, vislumbrada como a linha econômica decorrente desses princípios, possui proteção no art. 170 da C/F/88.

A liberdade contratual também é considerada uma das formas através das quais se expressa a livre iniciativa, isto porque, por meio dela, os agentes econômicos agem na economia. Sabendo-se que o Estado brasileiro optou pelo sistema capitalista de produção como sistema econômico, a liberdade de atuação dos agentes inseridos no cenário econômico atual se dá, sobremaneira, através das pactuações contratuais.

É inconteste que, para a existência de relações econômicas estabelecidas entre os agentes atuantes na economia, torna-se imprescindível a utilização do instrumento jurídico contratual. Para que a livre iniciativa seja praticada, deve-se existir a liberdade de contratar. Estes princípios caminham juntos. E, sendo assim, “sem a

¹³⁶ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 120.

liberdade contratual, o sistema de mercado não se sustentaria¹³⁷”. Então, “a autonomia privada é, assim, viga mestra do sistema contratual, servindo ao seu funcionamento¹³⁸”.

4.1.1 Liberdade contratual e liberdade de contratar

É importante divagar brevemente sobre algumas considerações a respeito da diferenciação existente entre liberdade contratual e liberdade de contratar.

Muito embora, num primeiro olhar, pareçam sinônimos, e é desta maneira que parte da doutrina encara, deve-se ter em mente que são expressões distintas.

A liberdade que se relaciona aos contratos, tem dois seguimentos: liberdade de contratar e liberdade contratual. Nesse diapasão, Álvaro Villaça¹³⁹ assevera que a liberdade de contratar caracteriza-se por permitir aos indivíduos elaborarem contratos lícitamente. Todos são possuidores da liberdade de realizar física e materialmente o contrato, desde que respeitem os requisitos que estão estipulados na legislação para atribuir validade ao acordo de vontades. A liberdade contratual, por sua vez, faz referência à liberdade de se discutir o conteúdo contratual, isto é, as suas cláusulas e condições.

Pode-se afirmar que a liberdade contratual é “a possibilidade de livre manifestação de interesses das partes¹⁴⁰” na concretização do contrato e, nesta condição, é limitada. Há limites de ordem legal e constitucional. Posto isso, de um lado tem-se a realização do contrato, que qualquer indivíduo pode fazer, e de outro lado, tem-se a resignação aos interesses das partes explicitados no contrato.

No ensinamento de André Ramos Tavares¹⁴¹, a liberdade de contratar está relacionada ao momento no qual o indivíduo demonstra o interesse de celebrar o contrato, demonstra a vontade de se obrigar. Já a liberdade contratual diz respeito à possibilidade de negociação das cláusulas do contrato que já fora assinado.

¹³⁷ FORGINI, Paula Andrea. **A evolução do direito comercial brasileiro**: da mercancia ao mercado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 211.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 212.

¹³⁹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos**: curso de direito civil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 12.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 13.

¹⁴¹ TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: Método, 2003, p. 190.

Nesse sentido, diz-se que o princípio da autodeterminação dos indivíduos, desdobrou-se, como liberdade contratual, assumindo, então, inúmeras conotações. Dessa forma, o indivíduo no gozo da sua autodeterminação, poderá, quando quiser, concluir contratos ou simplesmente negar-se a contratar; poderá, também, livremente estabelecer o conteúdo do contrato, que deverá obedecer aos limites impostos pelo ordenamento jurídico, realizar contratos que não estão previstos em lei, como por exemplo os contratos atípicos, alterar pontos de esquema legal do contrato; e de escolher a outra parte com quem deseja contratar.

4.1.2 Liberdade contratual extraída do direito fundamental à liberdade

A base sistêmica capitalista do Direito Privado, constitui-se pelos institutos da propriedade privada e a liberdade de contratar, mesmo que o contemporâneo sistema jurídico torne a sua forma relativizada.

Nesta senda, Eros Roberto Grau¹⁴² ao fazer referência à liberdade contratual, assevera que a liberdade de contratar tem o objetivo de garantir a realização da viabilidade dos efeitos e a proteção da propriedade dos bens de produção. Por isso, o princípio da liberdade contratual é posto como uma consequência do princípio da propriedade privada.

Pode-se inferir que, quando o Estado atua mais diretamente no domínio econômico, promovendo a restrição da propriedade privada, causa impactos diretos ao regime jurídico dos contratos.

A liberdade contratual sendo consequência da propriedade privada, pode ser visualizada logicamente como uma consequência do direito fundamental à liberdade, presente no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988. Pois, a fonte da qual emana a axiologia a qual sustenta a liberdade dos contratantes, acha proteção neste direito fundamental.

Bruna Lyra Duque¹⁴³ concorda com o entendimento de que a liberdade contratual decorre do direito de liberdade ao afirmar que a livre iniciativa tida como fundamento do Estado brasileiro e, também, decorrência do princípio da liberdade, pressupõe a liberdade contratual.

¹⁴² GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 40.

¹⁴³ DUQUE, Bruna Lyra. **O direito contratual e a intervenção do Estado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 45.

Importante estabelecer que o contrato deve ser sustentado pelo direito à liberdade que deve ser conferida às partes para regerem suas próprias leis.

4.1.3 Autodeterminação e justiça contratual

Bruna Lyra Duque¹⁴⁴ aduz que a liberdade contratual de antigamente era visualizada tal qual uma liberdade negativa, isto é, tinha um sentido neutral, por isso, liberdade implicaria na ausência de intervenção do Estado na seara particular dos indivíduos.

Todavia, após o surgimento do Estado Democrático de Direito, essa realidade já não é mais condizente com a ordem econômica e social da atualidade. Cumpre visualizar que essas restrições não devem ser levadas de forma extrema, não é admissível um excesso de intervencionismo por parte do Estado nas relações privadas, principalmente no que concerne à liberdade contratual, pois, se “for excluída a liberdade de decisão de uma das partes, não haverá nem liberdade como justiça social, pois a autodeterminação requer uma justa conformação de interesses¹⁴⁵”.

O equilíbrio da atuação estatal na regulação das relações sociais deve ser sempre equilibrada, compatível com os interesses individuais e coletivos, de maneira que sua intervenção não atrapalhe o desenvolvimento econômico e social.

Posto isso, “a excessiva intervenção do Estado nos contratos pode trazer instabilidade jurídica e insegurança no ambiente econômico, acarretando mais custos de transação às partes, para que negociem e façam cumprir os pactos¹⁴⁶”. Isto é, “na ordem contratual, os objetivos de justiça redistributiva colidem com os propósitos de eficiência¹⁴⁷”.

Hodiernamente, festeja-se a “liberdade positiva” que é considerada a liberdade que norteia, guia, o contrato. Pode-se inferir que este conceito ultrapassa a mera abstenção do Estado nas relações particulares. Segundo Cristiano Chaves¹⁴⁸, a liberdade positiva configura-se “pela prévia decisão política de possibilitar a liberdade dos indivíduos por meio da igualdade e da distribuição de recursos”.

A ideia de equilíbrio entre a liberdade contratual e a justiça contratual, vem sendo festejada no ordenamento jurídico atual. Analisa-se nesta senda, o princípio da

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 20.

¹⁴⁵ *Ibidem*, *loc. cit.*

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 21.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 22.

¹⁴⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito dos contratos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 20.

proporcionalidade em matéria contratual. Desse modo, deve-se haver um “justo equilíbrio entre liberdade e solidariedade, evitando desproporções macroscópicas a favor de quem não as merece¹⁴⁹”.

4.1.4 Limites à liberdade contratual

A liberdade contratual que pode ser dicotomizada em liberdade de quem contratar e liberdade de estabelecer o conteúdo substancial do contrato, sofreu restrições pelos regulamentos estatais.

Diante disso, os agentes econômicos quando realizam os contratos, diversas vezes, chocam-se com limites a essa autonomia privada.

Contemporaneamente, mister se faz uma intervenção estatal no campo privatista, especialmente no que diz respeito aos contratos como meio de restringir o exercício da autonomia da vontade, que inúmeras vezes, quando exercida demasiadamente, pode conduzir a resultados reversos.

O Estado na medida em que intervém na ordem contratual, enquadrando esse instituto, objetiva, de certa maneira, que se distancie o desequilíbrio, isto é, para que “não seja um instrumento de escravização¹⁵⁰”. Por essa razão, “não há o que se falar em liberdade, sem que existam limitações na ordem jurídica¹⁵¹”.

O contrato na sua condição de veículo de circulação de riquezas tem importante função econômica subjacente, qual seja “servir à circulação de riqueza, proporcionando segurança ao tráfego do mercado¹⁵²”.

No entendimento de Humberto Theodoro Júnior, inicialmente deve haver o reconhecimento da função essencial do contrato, sua função natural e específica, dentro da sociedade, qual seja, promover a circulação de riquezas no tráfego do mercado; posteriormente, pode-se afirmar à limitação desta função que lhe é peculiar. Assim, “assegurada esta função sócio-econômica, pode-se cogitar sua disciplina e limitação¹⁵³”.

¹⁴⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito dos contratos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 21.

¹⁵⁰ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos: curso de direito civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 12.

¹⁵¹ *Ibidem, loc. cit.*

¹⁵² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato social e sua função**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 117.

¹⁵³ *Ibidem, loc. cit.*

Não se pretende promover uma liberdade ilimitada, mesmo nesse campo contratual, ela se faz restrita. Contudo, tais limites devem respeitar diretrizes de razoabilidade, legalidade e necessidade; e não se limitar demasiadamente.

Nas palavras de Cristiano de Sousa Zanetti¹⁵⁴,

A relevância dos limites impostos à liberdade contratual não permite, porém, afastar seu caráter principiológico. No direito civil, a liberdade é regra. As partes podem convencionar da maneira que melhor lhes aprouver, salvo as limitações impostas pela legislação.

Desse modo, mesmo que as limitações existam, e, em certa proporção são necessárias, não se pode esquecer do caráter negocial dos contratos. Não se concebe um contrato sem liberdade, isto seria incompatível com a natureza do instituto. Por isso, “a intervenção no domínio contratual deve ser feita com critério¹⁵⁵”.

Assim, tem de existir um equilíbrio entre liberdade contratual, intervenção estatal e desenvolvimento econômico. Porque, “empregar as limitações de maneira coerente reforçará a importância do contrato. Intervir de modo açodado, por outro lado, apenas reforçará os problemas da sociedade brasileira¹⁵⁶”.

4.2 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE

Autonomia privada e autonomia da vontade não são sinônimos, posto que é possível se apontar elementos de distinção, muito embora tenham uma relação próxima.

Na lição de Roxana Borges¹⁵⁷, depreende-se que a distinção entre esses dois princípios implica em consequências práticas muito importantes. “A evolução do conceito de autonomia da vontade para a noção de autonomia privada termina por modificar a própria noção de negócio jurídico”.

A autonomia da vontade, segundo Claudio Luiz Bueno Godoy, é o princípio que dirige as relações particulares, cuja perspectiva voluntarista certifica às partes a

¹⁵⁴ ZANETTI, Cristiano de Sousa. **Direito contratual contemporâneo: a liberdade contratual e sua fragmentação**. São Paulo: Método, 2007, p. 278.

¹⁵⁵ *Ibidem*.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 278.

¹⁵⁷ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 50-51.

capacidade, o poder, de regulamentar suas próprias relações, conduzidas, desta forma, em conformidade com os seus interesses¹⁵⁸. Assim, as partes contratantes que formavam uma relação jurídica, possuíam o poder de estabelecer com liberdade os diversos aspectos que circundavam suas pactuações.

Nesse sentido, a autonomia da vontade encontrou solo fértil no Estado liberal, no qual os indivíduos tinham suas liberdades exaltadas, além disso, era atribuído caráter absoluto a este princípio.

Configurando-se como a maneira pela qual se alcançava a livre pactuação entre os pactuantes, a autonomia da vontade achou no contrato, a forma de exprimir sua liberdade contratual. Explica Orlando Gomes¹⁵⁹, que a liberdade contratual foi responsável por dar substrato à autonomia da vontade, tendo em vista que, uma vez influenciadas por esse princípio, poderiam as partes, desse modo, pactuar livremente: como contratar, o que contratar e com quem contratar.

Todavia, coesa de mudanças, a autonomia da vontade abriu espaço para a introdução de novos valores econômicos e sociais que, por sua vez, foram responsáveis por proporcionar uma nova leitura a respeito desse instituto.

Com isso, afirma-se atualmente que a autonomia privada é o novo contorno da autonomia da vontade. Isto é, trata-se de uma nova moldura do instituto antecessor que tornou-se caracterizado pela intervenção estatal, cujo intuito foi de limitar o absolutismo de outra época, conferindo-lhe funcionalização.

Claudio Godoy¹⁶⁰ assevera que, à autonomia privada seria outorgado um campo residual quando da formação dos contratos, pois, a princípio, observando a formação do contrato, respeitando a funcionalização atribuída e esse instituto, faz-se necessário atentar-se para os limites legais e constitucionais para, só depois disso, dar motivo à atuação da vontade.

Por isso, a autonomia da vontade de outros tempos era vista como um princípio imanente aos indivíduos que permitia que eles se pautassem na liberdade plena e absoluta. Quando a este princípio foi dada uma nova roupagem, devido aos anseios

¹⁵⁸ GODOY, Claudio Luiz Bueno. **Função social do contrato**: os novos princípios contratuais. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 15.

¹⁵⁹ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007 p. 26.

¹⁶⁰ GODOY, Claudio Luiz Bueno. **Função social do contrato**: os novos princípios contratuais. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 18.

econômicos e sociais de uma nova era, passaram-se, assim, a consagrar limitações a esta vontade individual. O objetivo de tais limitações era, não apenas a proteção, como também sustentar a existência de diversos outros princípios de igual relevância e essencialidade como, por exemplo, a justiça contratual e a boa fé objetiva.

Roxana Borges¹⁶¹ aduz que perante o dogma da vontade que dava sustentação à autonomia da vontade, ele sozinho não é capaz de criar direito. Sendo assim, o consenso unicamente não possui a capacidade, o poder, de criar direito, mas apenas quando o consenso possuir previsão no legal ou quando não contrarie o ordenamento jurídico, só desse jeito será legítimo.

Pode-se dizer, portanto, que sob a perspectiva da autonomia privada, o contrato não nasce apenas da manifestação de vontade. Ela não é o único elemento formador do negócio jurídico. Afinal, os negócios jurídicos, produtos da autonomia privada, devem ser legitimados pelo sistema jurídico no qual estão inseridos.

Deve-se visualizar na constituição dos negócios jurídicos, as limitações legais para torná-los válidos. Por isso, afirma-se que “a ausência dessa noção de limites é o que torna importante distinguir a teoria da autonomia da vontade da teoria da autonomia privada¹⁶²”.

É possível a imposição de limites ao exercício da autonomia privada, no intuito de que as manifestações da vontade ocorram em conformidade com a legislação, a ordem pública, a moral e os bons costumes presentes no ordenamento jurídico¹⁶³. Dessa maneira, no ordenamento pátrio, essas limitações surgiram após o surgimento da Constituição Federal de 1988, na qual a liberdade, principalmente a liberdade contratual, foi alvo de algumas restrições, que objetivavam a defesa de outros interesses sociais de igual valor. Sendo assim, “a liberdade negocial deve acompanhar valores e visar a objetivos considerados legítimos¹⁶⁴”.

4.3 DOS CONTRATOS INTERNACIONAIS

¹⁶¹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 52.

¹⁶² BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 53.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 54.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 55.

Traçando um paralelo entre os contratos internos e os contratos internacionais, Irineu Strenger¹⁶⁵ afirma que, sob a ótica metodológica do Direito Nacional, a distinção entre esses institutos jurídicos depende exclusivamente de fatores geográficos ou espaciais. Para o autor, os contratos internacionais são consequência do intercâmbio estabelecido entre Estados e pessoas. Não obstante, chama a atenção para a importância desses contratos quando expõe que "os contratos internacionais são o motor, no sentido estrito, do comércio internacional, e, no sentido amplo, das relações internacionais, em todos os seus matizes"¹⁶⁶.

Segundo Nadia de Araujo¹⁶⁷, o estudo aplicado ao Direito dos Contratos Internacionais compõe a parte especial do Direito Internacional Privado, na medida em que são observadas as regras de conexão que regem as relações contratuais internacionalmente estabelecidas e, não obstante, tem como um dos pontos mais importantes, o princípio da autonomia da vontade na determinação da escolha da lei aplicável.

Vale lembrar que "a norma de DIPr apenas *indica* qual sistema jurídico deve ser aplicado. O juiz seguirá a norma de DIPr como se fora uma seta indicativa do direito aplicável, e das normas jurídicas que regulam o caso *sub judice*"¹⁶⁸.

Nas palavras de Nadia de Araujo¹⁶⁹:

Os critérios mais utilizados eram a lei do local da celebração (*lex loci celebrationis*), nos países de direito civil, e o da lei do local de execução (*lex loci executionis*), nos países de *common law*. No século XX foram substituídos por critérios mais flexíveis, especialmente pelo princípio da proximidade ou dos vínculos mais estreitos, criação da doutrina e jurisprudência americana. Este princípio foi muito utilizado para uniformização internacional, ao ser incorporado na Convenção de Roma, de 1980, sobre a lei aplicável às obrigações internacionais, e na Convenção Interamericana do México, de 1994, sobre o direito aplicável aos contratos internacionais.

¹⁶⁵ STRENGER, Irineu. Contratos Internacionais do Comércio. São Paulo: LTR, 2003, p. 31.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 32.

¹⁶⁷ ARAUJO, Nadia de. Contratos Internacionais. Rio de Janeiro, Renovar, 2004, p. 21.

¹⁶⁸ ARAUJO, Nadia. Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 363.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 363-364.

O contrato internacional se caracteriza pela presença de determinado elemento que o ligue a mais de um ordenamento jurídico. Sendo uma das partes domiciliada num país estrangeiro ou sendo um contrato celebrado em um país, para ser cumprido em outro, trata-se de um contrato internacional. No caso, as partes podem conjecturar situações posteriores, "estabelecendo regras de direito substantivo no bojo do contrato, para resolver essas situações, e ainda determinar onde e como o litígio dali decorrente será julgado, através de cláusulas de eleição de foro e de arbitragem"¹⁷⁰.

Recapitulando o que já fora abordado anteriormente, no intuito de destacar aspectos importantes do DIPr que contribuem para um melhor entendimento acerca do tema central deste capítulo, João Grandino Rodas¹⁷¹ aduz que

A multiplicação e a diversidade de sistemas jurídicos são dados de fato. Cada Estado possui o seu ordenamento jurídico, em princípio aplicável dentro de suas fronteiras. Tal limitação não é absoluta, pois há relações que extrapolam os lindes de determinado Estado. Quer sejam chamados fatos anormais, elementos estrangeiros ou de estraneidade, ou ainda fatos mestiços ou fatos interjurisdicionais, o fundamental é o que geram o tradicionalmente denominado conflito de leis no espaço, que em última análise significa a potencialidade de aplicação de mais de um sistema jurídico para regular determinada situação jurídica. A resolução do conflito, por meio da indicação do ordenamento aplicável, é tarefa do Direito Internacional Privado, que é um direito interno, no sentido de que cada Estado tem o seu, podendo diferir dos demais.

O mecanismo de solução do conflito de leis não mudou substancialmente, desde quando foi inventado, por volta do século XII, nos primórdios do Direito Internacional Privado. Consiste na escolha da lei aplicável, tendo por base os elementos ou regras de conexão, que são aspectos de fato de dada relação jurídica, que o direito transubstancia em indicadores de norma e de conduta.

Vale lembrar que neste trabalho monográfico não se dá enfoque às questões relativas à escolha de foro e de arbitragem nos contratos internacionais, afastando-se as questões processuais atinentes a esses elementos.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 364.

¹⁷¹ RODAS, João Grandino. "Elementos de Conexão do Direito Internacional Privado Brasileiro Relativamente às Obrigações Contratuais", in RODAS, João Grandino (Coord.). *Contratos Internacionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 19-20.

4.3.1 Regras de conexão

As regras de conexão aplicáveis aos contratos internacionais foram definidas pela escola estatutária italiana, na idade média, e se mantém até hoje em muitos países, inclusive no Brasil. "É a regra do local de celebração do contrato"¹⁷². Inicialmente esta regra fazia sentido, tendo em vista a dificuldade da contratação entre ausentes. A mobilidade dos indivíduos e a comunicação à distância era muito escassa e incerta. "O local da assinatura do contrato não era um *locus* aleatório, mas onde os negócios se realizavam"¹⁷³.

Outra importante regra de conexão é aquela que leva em consideração o local de execução teoria sobre os conflitos. Esta regra foi o resultado da teoria elaborada por Savigny, no século XIX, a qual, "para as obrigações contratuais, designava como lei aplicável a da sede das relações jurídicas, por ser esta imposta pela natureza das coisas"¹⁷⁴. Ele adotou esse critério de conexão pois a subordinação das partes contratantes a uma lei deve cartear-se a um fenômeno notório na relação obrigacional. Desse modo, Savigny criticava a regra da lei do local de celebração do contrato, por considerá-la fortuita e efêmera. E atribuía maior importância ao local da execução, "por ser o local onde ocorreriam as ações mais importantes para a realização das obrigação assumida, como a entrega da coisa ou do pagamento".¹⁷⁵

Ocorre que, os meios de comunicação e as formas de se viajar evoluíram muito, o que implicou na perda de importância destes dois critérios. De acordo com João Grandino Rodas¹⁷⁶,

As obrigações convencionais ou contratos não estão infensos a ligarem-se a mais de um sistema jurídico. Mormente na época atual, em que o desenvolvimento tecnológico vem diuturnamente reduzindo distâncias e aumentando o relacionamento entre os países. Assim, os contratos internacionais privados, de natureza comercial ou não, que necessitam da interferência do Direito Internacional Privado para a indicação dos direitos

¹⁷² ARAUJO, Nadia. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 366.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 367.

¹⁷⁴ *Ibidem*.

¹⁷⁵ *Ibidem*.

¹⁷⁶ RODAS, João Grandino. "Elementos de Conexão do Direito Internacional Privado Brasileiro Relativamente às Obrigações Contratuais", in RODAS, João Grandino (Coord.). *Contratos Internacionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 20-21.

que deverão regê-los, são cada vez mais numerosos. Ressalta-se que o traço diferenciador entre um contrato internacional e um outro não internacional é justamente estar o primeiro potencialmente vinculado a mais de um sistema jurídico.

Diante de tantas transformações, tanto a regra do local de celebração do contrato, quanto a regra do local de execução do contrato, como já fora dito, perderam sua importância, abrindo margem a uma nova metodologia, na qual,

A autonomia da vontade aparece como fator determinante da lei aplicável, tendência que teve acolhida nos Estados Unidos, pela via jurisprudencial, e posteriormente na Europa, pela via convencional, com a Convenção de Roma sobre a Lei Aplicável às obrigações contratuais, de 1980 agora transformada em um regulamento europeu. Embora a teoria da autonomia da vontade tenha sido aceita mundialmente, as regras consubstanciadas pela escola italiana (lei do local da celebração) ainda têm grande utilização nos países de tradição romano-germânica da América Latina.¹⁷⁷

Esta metodologia é a que deveria ter maior aceitação pelo ordenamento jurídico pátrio e que proporcionaria uma maior segurança aos negócios estabelecidos com particulares estrangeiros.

4.3.1.1 Regras de conexão no Brasil

De acordo com o que expõe Nadia de Araujo¹⁷⁸ sobre o assunto, no Brasil, antes de surgir o Código Civil, seguia-se as *Ordenações*, as quais utilizavam a regra da lei do local da celebração, mas existiam regras no Regulamento 737 (Código Comercial), de 1850, que tratavam dos contratos comerciais acordados em país estrangeiro, fazendo uso da regra da lei do local da execução.

Atualmente, o Brasil estabelece como elemento de conexão para substância contratual a regra da lei do local de celebração (*lex loci contractus* ou *lex loci celebrationis*), presente no *caput* do art. 9º, quando tratar-se de contrato entre

¹⁷⁷ ARAUJO, Nadia. Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 367.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 368.

presentes¹⁷⁹, enquanto nos casos em que se tratar de contrato entre ausentes, são submetidos à lei da residência do proponente, conforme o §º 2º do referido artigo¹⁸⁰. Isto porque a regra geral que se impõe à lei aplicável é a do local da constituição da obrigação, conforme preceitua o art. 9º da LINDB. "Repetiu-se a Introdução ao Código Civil de 1916. A única modificação foi a supressão da expressão 'salvo estipulação em contrário', que acarretou a proibição da autonomia da vontade"¹⁸¹.

A expressão "salvo estipulação em contrário", antigamente consignada no art. 13 da revogada Introdução ao Código Civil, por ser considerada ambígua, prestou-se a polêmica. Dizia-se até que "significava designação expressa da lei competente para reger os contratos, enquanto outros acreditavam ter sido facultado às partes a eleição da lei contratual"¹⁸².

Para complementar as alegações feitas neste tópico e frisar a regra de conexão utilizada pelo ordenamento jurídico brasileiro, no que se refere à sua forma externa, depreendida da leitura do art. 9º da LINDB, Maria Helena Diniz assevera que:

*A lex loci contractus ou o ius loci contractus regula, portanto, a obrigação, mesmo se for condicional, quanto à sua forma externa ou extrínseca, que se sujeitará, então, às normas do país em que se constituir, pouco importando o local em que se verificar a condição. Assim sendo, o ato constituído no exterior terá eficácia no Brasil, se for atendida a forma do lugar de sua celebração. Não há como contestar que a forma dos atos e negócios jurídicos regula-se pela lei do lugar em que são praticados. Aplica-se, portanto, a lei do local de constituição do ato negocial, que confere *ius ad rem*, ou seja, direito pessoal que outorga um bem a uma pessoa, sempre, no que for atinente à questão da forma extrínseca.*¹⁸³

Mister se faz explicar também, que, segundo a autora, determinada obrigação contraída no exterior atenderá pela *locus regit actum* à lei de sua formação no que se refere aos requisitos extrínsecos, mesmo no caso em que, posteriormente à sua

¹⁷⁹ RODAS, João Grandino. "Elementos de Conexão do Direito Internacional Privado Brasileiro Relativamente às Obrigações Contratuais", in RODAS, João Grandino (Coord.). Contratos Internacionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 59.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p.49.

¹⁸¹ ARAUJO, Nadia. Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 368.

¹⁸² RODAS, João Grandino. "Elementos de Conexão do Direito Internacional Privado Brasileiro Relativamente às Obrigações Contratuais", in RODAS, João Grandino (Coord.). Contratos Internacionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 54.

¹⁸³ DINIZ, Maria Helena. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro Interpretada. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 324.

contratação, a sua execução ocorrer no Brasil, caso este que, pelo art. 9º, § 1º, da Lei de Introdução, deverá ser observada a forma essencial exigida pela legislação brasileira no que esta entender essencial para a validade do ato. Portanto, diz-se que "a *locus regit actum*, devido a seu reconhecimento internacional, prevalecerá, aplicando-se, embora limitadamente, quanto à forma, apenas às obrigações que devam executar-se no Brasil e dependentes de forma essencial da lei brasileira".¹⁸⁴

4.3.2 Autonomia da vontade no Direito Internacional Privado

Segundo Nadia de Araujo¹⁸⁵, "atribui-se a Charles Dumoulin, jurista francês do século XVI, o desenvolvimento do princípio da autonomia da vontade no DIPr". Nesta época, o direito francês ainda não havia sido codificado nacionalmente, e a legislação das inúmeras províncias eram consideradas direito estrangeiro, situação que se assemelhava à das cidades italianas com seus estatutos. O referido jurista, caracterizado por dar continuidade às doutrinas estatutárias italianas, "distingue-se daquela escola por suas ideias sobre a escolha pelas partes de uma lei para os contratos internacionais e para os regimes patrimoniais". Sua teoria só fora posta em prática nos séculos XIX e XX. Nesta época a jurisprudência francesa posicionou-se pela autorização da autonomia pelas partes.

No acórdão marco *American Trading Co.*, ao estabelecer ser a lei aplicável ao contrato a escolhida pelas partes, a Corte de Cassação expressou, pela primeira vez, de forma clara, o princípio da autonomia da vontade, ainda que não mencionasse a teoria.

Na Inglaterra, os tribunais aceitaram a autonomia da vontade por diversas razões. Embasavam-se na filosofia do *laissez-faire*, dominante no século XIX, sendo também uma boa razão para a aplicação da *lex validitatis* (geralmente inglesa).¹⁸⁶

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 331.

¹⁸⁵ ARAUJO, Nadia. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 370-371.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 372.

Após a adoção expressa em convenções internacionais e em legislações internas de diversos países, esse princípio tornou-se universalmente aceito, principalmente nos países da *common law*, onde tem tido aceitação plena.¹⁸⁷

4.3.2.1 Autonomia da vontade no Direito Internacional Privado brasileiro

Como já fora dito anteriormente, na Introdução ao Código Civil de 1916, já revogada, esse princípio foi considerado permitido pela doutrina em decorrência da expressão nela presente "salvo estipulação em contrário" (art. 13). Após o advento da Lei de Introdução ao Código Civil, de 1942, atualmente denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, surgiu uma nova discussão na doutrina, que diz respeito à exclusão ou não do princípio, em razão da supressão da expressão "salvo estipulação em contrário", que anteriormente o permitia.¹⁸⁸

Apesar da falta de referência à autonomia da vontade por parte da antiga LICC (atual LINDB), esse princípio, não desapareceu por esta omissão. Haroldo Valladão¹⁸⁹ explica a ausência do princípio em destaque na lei vigente, da seguinte maneira: "Era expressão proibida no regime ditatorial de que padecia o Brasil, e que explicou, também, a ausência do foro de contrato ou de eleição no Código de Processo Civil, de 1939-1940".

Na lição de João Grandino Rodas¹⁹⁰,

Perante o caput taxativo do art. 9º da Lei de Introdução vigente, não se pode afirmar a existência da autonomia da vontade para a indicação da norma aplicável, no Direito Internacional Privado brasileiro. Fica às partes unicamente o exercício da liberdade contratual na esfera das disposições supletivas da lei aplicável, por determinação da *lex loci contractus*.

Nesse mesmo sentido, Maria Helena Diniz¹⁹¹ preceitua que "não há acolhida da autonomia da vontade como elemento de conexão em matéria alusiva a contratos".

¹⁸⁷ *Ibidem*.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 374.

¹⁸⁹ Haroldo Valladão APUD João Grandino Rodas. RODAS, João Grandino. "Elementos de Conexão do Direito Internacional Privado Brasileiro Relativamente às Obrigações Contratuais", in RODAS, João Grandino (Coord.). Contratos Internacionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 57.

¹⁹⁰ RODAS, João Grandino. "Elementos de Conexão do Direito Internacional Privado Brasileiro Relativamente às Obrigações Contratuais", in RODAS, João Grandino (Coord.). Contratos Internacionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 59.

A referida autora, ao tratar do art. 9º da LINDB, entende que o princípio da autonomia da vontade não foi apreciado como elemento de conexão, por tratar-se de norma cogente impassível de alteração pelas partes.¹⁹²

Segundo a autora, "a autonomia da vontade no âmbito dos contratos internacionais consiste no exercício da liberdade contratual dentro das limitações fixadas em lei; logo, não há liberdade de escolha pelos contratantes da lei que regerá o contrato"¹⁹³.

Para Nadia de Araujo, "é preciso ser cauteloso quando da redação de uma cláusula de lei aplicável em um contrato internacional, pois os tribunais brasileiros não enfrentam a questão diretamente"¹⁹⁴, e não parecem ter aceitado as teses favoráveis à autonomia da vontade defendida por alguns doutrinadores, como ela própria e João Grandino Rodas. A autora ainda afirma que em seu estudo de casos, notou uma grande utilização do método conflitual pelos juízes para a determinação da lei aplicável, "sempre encontrando como resultado a lei brasileira ou estrangeira, a partir de uma interpretação literal do art. 9º, *caput*".

Contudo, nas palavras da autora,

O STJ tem decidido várias questões em que analisam contratos internacionais e tem discutido a questão da lei aplicável indiretamente. Por exemplo, nas inúmeras homologações de sentenças estrangeiras com laudos arbitrais, há sempre discussão de contratos internacionais. Outra situação em que se discutiu a lei aplicável foi no RESP 861.248. Nele, o Ministro Ari Pargendler explica que embora a questão da competência internacional dependa da lei processual brasileira, 'o juiz nacional pode aplicar a lei estrangeira escolhida para disciplinar os negócios disponíveis pelas partes'¹⁹⁵.

Enquanto na Europa o princípio da autonomia da vontade ganha ampla utilização no que se refere às relações contratuais internacionais, no Brasil ainda não ocorreu esta evolução. A LINDB (antiga LICC), em seu art. 9º, não faz menção ao princípio

¹⁹¹ DINIZ, Maria Helena. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro Interpretada. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 324.

¹⁹² *Ibidem*, p. 325.

¹⁹³ *Ibidem*.

¹⁹⁴ ARAUJO, Nadia. Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 375.

¹⁹⁵ *Ibidem*.

da autonomia da vontade e, mesmo sendo muitos juristas favoráveis a ele, o princípio continua sendo proibido.¹⁹⁶

Esta afirmação decorre da leitura do artigo que não pode ser comparado com outras normas sobre o tema que o permitem expressamente, como, por exemplo, a Convenção do México sobre a Lei Aplicável aos Contratos Internacionais, que começa a dizer ser o contrato regido pelo direito escolhido pelas partes logo no *caput* do artigo. Somente com a revisão da LICC, e a adoção dos princípios consagrados na Convenção sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais, realizada pela CIDIP V (México, 1994) poder-se-á permitir de forma segura a utilização do princípio da autonomia da vontade em contratos internacionais.¹⁹⁷

O artigo da Convenção à qual se refere a autora é o artigo 7º, segundo o qual o contrato deve ser regido pelo direito escolhido pelas partes.

Propõe-se também a substituição do artigo 9º da LINDB pelas normas dispostas na Convenção Interamericana sobre o Direito Aplicável aos Contratos Internacionais. Esta Convenção teria importância para a regulação dos contratos internacionais estabelecidos entre parceiros latino-americanos e também, para ser a regra conflitual aplicada a todas as relações contratuais internacionais.¹⁹⁸

João Grandino Rodas¹⁹⁹ lembra que esta postura retrógrada adotada pelo Brasil é incompatível com o fato de o Brasil ser o líder do processo integrativo regional, buscar papel de destaque no processo de integração do hemisfério e objetivar estar entre as maiores economias do mundo.

O autor ainda ressalta que "o contratante estrangeiro, ao sopesar o 'custo Brasil', leva em conta, também, a certeza jurídica propiciada ou não pelas regras jurídicas internas relativas à contratação internacional"²⁰⁰. A curva estatística que representa os contratos internacionais, entre os quais encontram-se os de exportação, tende a declinar²⁰¹, por consequência das regras obsoletas seguidas pelo Brasil e não condizentes com o fluxo que segue grande parte dos países americanos e os países europeus ao ampliarem a aplicação do princípio da autonomia da vontade.

¹⁹⁶ *Ibidem*, 376.

¹⁹⁷ *Ibidem*.

¹⁹⁸ *Ibidem*.

¹⁹⁹ RODAS, João Grandino. "Elementos de Conexão do Direito Internacional Privado Brasileiro Relativamente às Obrigações Contratuais", in RODAS, João Grandino (Coord.). Contratos Internacionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 63.

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 63.

²⁰¹ *Ibidem*, p. 64.

5 CONCLUSÃO

A palavra “contrato” pode conter diferentes acepções. Na tentativa de atribuir um conceito sob o aspecto técnico jurídico, pode-se afirmar que o contrato é um negócio jurídico bilateral, e por isso exige o consentimento de ambas as partes. Pressupõe, de outro lado, a conformidade com a ordem legal, sem a qual não teria a permissão para criar direitos para o agente. Sendo ato negocial, tem por escopo aqueles objetivos específicos. Pode-se dizer, então, que o contrato nada mais é do que um acordo de vontades, em conformidade com o ordenamento jurídico, e que possui a finalidade de adquirir, conservar, resguardar, transferir modificar ou extinguir direitos.

A partir da conceituação do contrato, o presente trabalho de pesquisa direcionou-se para uma análise internacionalista deste instrumento, trazendo a ideia de que os contratos internacionais são aqueles em que as partes que o celebram estão domiciliadas em países diferentes. O que caracteriza a internacionalidade de um contrato é a presença de um elemento que o ligue a dois ou mais ordenamentos jurídicos. Basta que uma das partes seja domiciliada em um país estrangeiro ou que um contrato seja celebrado em um país, para ser cumprido em outro. A este elemento deu-se o nome de estraneidade. Elemento que liga o contrato a mais de um ordenamento jurídico.

Os contratos internacionais são influenciados por culturas e substratos jurídicos diferentes. Essas diferentes culturas e diferentes direitos precisam de alguma forma se harmonizar. As partes que querem celebrar contratos internacionalmente, precisam de uma base jurídica similar, comum. A ideia de se construir um direito próprio para os comerciantes iniciou-se na Baixa Idade Média, quando surge a *Lex Mercatoria*, espécie de direito criado pelos comerciantes internacionais com base nos usos e costumes internacionais bem comum em princípios gerais de direito a fim de orientar e uniformizar as práticas inerentes às relações comerciais bilaterais e multilaterais internacionais. Desse modo, a *Lex Mercatoria* nada mais é do que um conjunto de procedimentos que possibilitou adequadas soluções para as expectativas do mercado internacional, sem conexões necessárias com os sistemas nacionais e de forma juridicamente eficaz.

A incidência da disciplina Direito Internacional Privado surgiu a partir da necessidade de se criar um direito que regesse os contratos internacionais a partir da nova realidade política vivida nos séculos XIX e XX. Realidade esta que se caracterizou pelo advento dos Estados Nacionais. Cada Estado Nacional tinha o seu próprio Código Comercial, o seu próprio Código Civil. Ao Direito Internacional Privado coube a tarefa de regular as relações jurídicas plurilocalizadas, que contém o elemento de estraneidade inculcado em sua natureza.

No Brasil, o Direito Internacional Privado é regulado pela nossa Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto Lei 4657/1942, antiga Lei de Introdução ao Código Civil).

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro faz uso do chamado método conflitual, criado por Savigny, como forma de resolver os conflitos relativos às relações jurídicas internacionais. Esse método se baseia na ideia de que devemos localizar a sede da relação jurídica. A lei que estivesse mais próxima da relação jurídica deveria reger a relação privada internacional possuidora de elemento de estraneidade. Para Savigny, a lei de cada país está em igualdade formal, e deveríamos abrir nosso sistema jurídico para possibilitar a aplicação de um direito que, por ventura, tenha mais conexão com o direito do caso concreto. A sede da relação jurídica deve, portanto, indicar qual ordenamento jurídico deve incidir no caso concreto.

Os dispositivos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro que fazem menção à aplicação de outro direito que não o direito interno, são chamadas normas de sobredireito. São normas que não dão a solução ao caso concreto, elas apenas indicam o direito que deve ser aplicado.

Conforme comentários anteriores, a internacionalidade de um contrato ocorre no momento em que as disposições elencadas em sua estrutura relacionam-se com mais de um ordenamento jurídico. Desse modo, faz-se importante saber qual lei deve ser aplicada na hipótese do seu descumprimento. A doutrina, o direito positivo e a jurisprudência comparados apontam várias soluções, relativamente à lei aplicável à substância dos contratos: lei do lugar da execução (*Lex loci executionis*), lei do lugar do contrato (*Lex loci contractus*), lei pessoal do devedor (*Lex patriae* ou *domicili* comum das partes), lei escolhida pelas partes (*Lex voluntatis*).

Via de regra, o critério da lei do lugar da formação ou da celebração do contrato é o que vige na legislação pátria. Segundo dispositivo da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, art. 9º, segundo o qual se estabelece que “para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem”.

A respeito do enunciado supracitado, entendeu-se que a *lex loci contractus* regerá o negócio, atendendo às negociações feitas, fixando o elemento de conexão necessário, excluindo outras leis aplicáveis à avença, respeitando as limitações de ordem pública. Há contratos que, apesar da lei que irá regê-los, não se subordinam ao princípio da autonomia da vontade das partes, por estarem vinculados a determinada lei em razão dos ditames da ordem pública.

Salientou-se a existência de duas premissas a serem levadas em conta na aplicação deste critério. A primeira é que a lei do lugar em que é firmado o contrato deve reconhecer o tipo de negócio objeto dele, assim, não se podia celebrar contrato de compra e venda com cláusula de reserva de domínio na França, antes que esta fosse admitida pela legislação daquele país. A segunda premissa refere-se ao lugar em que ocorre a emissão da vontade, a declaração e a assinatura do contrato. Se a vontade foi expressa através de um núncio, é o lugar em que a parte comunica sua vontade a este que predomina, isso em razão da aplicação analógica do parágrafo segundo do artigo 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Isto é, havendo o consentimento das partes com relação sobre qual o local da celebração do contrato, será cabível a aplicação deste critério, tornando-se ideal para a resolução do conflito.

Pelo critério da execução do contrato, a lei aplicável incidirá no local onde aquele revelar sua eficácia, ou seja, onde fora predeterminada a sua execução. Assim, salvo estipulação em contrário, a lei a ser aplicada será aquela onde o mesmo se cumpriu.

Todavia, o referido elemento de conexão poderá sofrer objeções, pois existem dúvidas quanto à escolha do lugar da execução do contrato como elemento de conexão. Uma delas é a de que por vezes há mais de um lugar de execução num contrato. O caso típico é o do transporte: será preciso quando há pluralidade de locais de execução, estabelecer qual o principal deles. Outra hipótese que apresenta dificuldades é a dos contratos sinalagmáticos, nos quais cada obrigação se cumpre

num país diferente: compra e venda em que o pagamento do preço e a entrega da coisa se dão nos países de cada uma das partes. Fica difícil afirmar qual das prestações é a mais importante ou caracteriza a execução.

No Brasil, o critério da lei do lugar da execução vem disposto no §º 1, do art. 9º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que assim dispõe: “Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato”.

Comentou-se que o referido dispositivo busca contrapor a forma *ad solemnitatem* à *ad probationem*. A forma essencial ou *ad solemnitatem* é o requisito sem o qual a obrigação não chegará a existir, devendo portanto, ser observada em conformidade com as exigências da lei brasileira. Exemplificadamente, se um imóvel, situado no Brasil for vendido ao estrangeiro, o contrato deverá ser feito mediante escritura pública, forma essencial reclamada pelo direito brasileiro onde será executado, mas os demais requisitos extrínsecos deverão seguir as peculiaridades do Estado onde a escritura for lavrada.

Com isso, denota-se que o referido critério será aplicado quando as obrigações tiverem de ser cumpridas aqui, o que determina o respeito à lei brasileira relativamente à forma essencial, assim consagrada pela legislação nacional.

Foi de suma importância garantir uma abordagem especial ao princípio da autonomia da vontade. O critério da autonomia da vontade visa possibilitar às partes escolherem a lei de sua preferência. Por esse critério, as partes podem escolher a lei aplicável ao seu contrato. Pode-se afirmar que o princípio da autonomia da vontade decorre da importância atribuída ao interesse das partes que, nesta hipótese, prevalece sobre os interesses do tráfico jurídico e de tutela dos interesses dos terceiros. Eis porque na maioria dos sistemas jurídicos se determina a conexão do contrato pela vontade das partes que, presume-se, devem exprimir seu interesse.

A autonomia da vontade consagrou-se como princípio objetivado em todo o complexo comportamental do comércio internacional, exatamente porque se revelou apta a consumir a formalização dos atos jurídicos, de que serve o intercâmbio mercantil na consecução de seus fins.

Esse princípio tornou-se amplamente difundido, universalmente aceito e expressamente contido em convenções internacionais e nas legislações de diversos países.

No Brasil, esse princípio vigorava expressamente na Lei de Introdução do Código Civil de 1916, em seu art. 13º, que assim dispunha: “Regulará, salvo disposição em contrário, quanto à substância e aos efeitos das obrigações, a lei do local onde forem contraídas”.

A expressão "salvo disposição em contrário" era o segmento do texto legislativo que permitia a aplicação da autonomia da vontade no ordenamento jurídico nacional, o que muito embora, com a supressão da expressão na elaboração da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (antiga Lei de Introdução ao Código Civil), a aplicação do princípio no Brasil tornou-se bastante controversa.

Ao contrário da grande utilização do princípio nos países europeus, a situação no Brasil ainda não evoluiu. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, no seu artigo 9º, não faz menção ao princípio da autonomia da vontade e, embora muitos juristas sejam a favor, o princípio é proibido. Esta afirmação decorre da leitura do artigo que não pode ser comparado com outras normas sobre o tema que o permitem expressamente, como, por exemplo, a Convenção do México sobre a Lei Aplicável aos Contratos Internacionais, que começa a dizer ser o contrato regido pelo direito escolhido pelas partes logo no *caput* do artigo 7º.

A Convenção do México de 1994, seguindo o exemplo europeu, fez da autonomia da vontade um elemento fundamental na estruturação dos contratos internacionais, quando da escolha da lei aplicável.

O Brasil, naquela ocasião, foi signatário da convenção mexicana. Todavia, até o presente momento, o Brasil não ratificou a mencionada convenção.

A Convenção do México teve repercussão no Brasil através de sua influência nos artigos relativos aos contratos internacionais do projeto de lei número 4.905/95. No projeto, coerentemente com a posição do Brasil na referida convenção, adotou-se a teoria da autonomia da vontade e, como norma subsidiária, à falta de escolha, a regra de conexão dos vínculos mais estreitos, na exposição de motivos, justificou-se a adoção desses artigos fazendo-se referência expressa à convenção interamericana. Contudo, o projeto foi retirado do Congresso Nacional pelo Poder

Executivo, e embora representasse o amadurecimento da posição tomada pelo Brasil no México, pois não faria sentido ratificar a convenção mexicana e manter os princípios da então LICC (atual LINDB) com ela inconsistentes, entendeu-se que a modificação da legislação poderia ser feita de outra forma. É preciso enviar a Convenção do México ao Congresso Nacional e garantir a sua aprovação não só entre os países signatários, mas aproveitar a oportunidade para substituir o artigo 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro pelo seu texto, para que suas disposições sejam aplicáveis a todos os contratos internacionais conectados com o ordenamento jurídico brasileiro.

Dessa maneira, em razão da não internalização da referida norma no ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da autonomia da vontade não possui respaldo legal para ser aplicado no Brasil.

Constata-se, então, que o critério da autonomia da vontade é corolário ao princípio que rege o instituto contratual entendido no Brasil, no qual as partes têm a livre escolha de, assim como escolher o que se deseja alcançar com a relação jurídica celebrada, também definir a lei substancial a qual irá regê-la na hipótese de inadimplemento, muito embora sua aplicação no Brasil ainda dependa da ratificação da convenção mexicana de 1994.

A lei do local da celebração resolve tudo que disser respeito à substância e aos efeitos do contrato. No entanto, há ainda a possibilidade de aplicação de mais de uma lei às questões correlatas. Convencionou-se chamar tal aplicação de *dépeçage* ou fracionamento, havendo consenso a respeito.

A cláusula de eleição de foro não se confunde com a de lei aplicável. A primeira tem implicação exclusivamente processual. Traduz-se em indicar o compromisso das partes de submeterem-se a certo órgão jurisdicional para exame dos litígios emergentes do contrato. Enquanto que a cláusula de eleição de lei implica em direito material, inserida no âmbito da liberdade contratual e da autonomia da vontade, estabelecendo a lei a ser aplicada ao negócio jurídico.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Edgar Carlos de. **Direito Internacional Privado**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ARAUJO, Nadia de. **Contratos Internacionais**. Rio de Janeiro, Renovar, 2004.

ARAUJO, Nadia de. **Direito Internacional Privado: Teoria e Prática**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos: curso de direito civil**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. **Código Civil**. 8ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Código civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em 19 set. 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro Interpretada**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado: Parte Geral**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DUQUE, Bruna Lyra. **O direito contratual e a intervenção do Estado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito dos contratos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito dos contratos**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

FORGIONI, Paula Andrea. **A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GODOY, Claudio Luiz Bueno. **Função social do contrato: os novos princípios contratuais**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais.** 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988.** 8ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

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

JÚNIOR, Alberto do Amaral. **O direito Internacional no Terceiro Milênio:** Estudos em Homenagem ao Prof. Vicente Marotta Rangel. São Paulo: LTR, 1998.

KRUSCHEWSKY, Eugênio. **Teoria Geral dos Contratos Civis.** 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Internacional:** Tomo I. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1935.

NALIN, Paulo. Do Contrato: **Conceito Pós-moderno:** Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. Curitiba: Juruá, 2004.

NARDI, Marcelo de, "Eleição de Foro em Contratos Internacionais: Uma Visão Brasileira", in RODAS, João Grandino (Coord.). **Contratos Internacionais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais.** São Paulo: Saraiva, 1994.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil.** 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 3.

RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito Internacional Privado:** Teoria e Prática. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos.** 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RODAS, João Grandino. "Elementos de Conexão do Direito Internacional Privado Brasileiro Relativamente às Obrigações Contratuais", in RODAS, João Grandino (Coord.). **Contratos Internacionais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ROPPO, Enzo. **O Contrato.** Coimbra: Almedina, 2009.

STRENGER, Irineu. **Contratos Internacionais do Comércio**. São Paulo: LTR, 2003.

STRENGER, Irineu. **Direito Internacional Privado**. São Paulo: LTR, 2003.

TARTUCE, Flávio. **Função Social dos Contratos do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002**. 2ª ed. São Paulo: Método, 2007.

TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: Método, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato social e sua função**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ZANETTI, Cristiano de Sousa. **Direito contratual contemporâneo: a liberdade contratual e sua fragmentação**. São Paulo: Método, 2007, p. 278.

|