

UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA
FACULDADE DE HISTÓRIA, DIREITO E SERVIÇO SOCIAL

CONTRATOS INTERNACIONAIS DO COMÉRCIO NO DIREITO BRASILEIRO
DE LEGE LATA DE LEGE FERENDA

Claudia Carvalho Scuracchio

UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA
FACULDADE DE HISTÓRIA, DIREITO E SERVIÇO SOCIAL

CONTRATOS INTERNACIONAIS DO COMÉRCIO NO DIREITO BRASILEIRO
DE LEGE LATA DE LEGE FERENDA

Claudia Carvalho Scuracchio

Desenvolvimento de Dissertação de Mestrado em
Direito Internacional Privado, apresentada para
avaliação de banca examinadora como requisito
para obtenção de título de mestrado.

Orientadora: Jete Jane Fiorati

Franca
2002

Este trabalho é dedicado aos meus queridos marido, José Sergio, e filha, Isabella, pelo tempo, paciência e apoio que sempre me dispensaram ao longo da realização deste trabalho.

Agradeço a Deus por me proporcionar esta maravilhosa experiência de poder compartilhar o conhecimento, que é sem dúvida, o maior tesouro que o ser humano pode carregar consigo.

À professora Jete Jane Fiorati, que foi o instrumento que Deus utilizou para que se tornasse possível a realização deste trabalho, pois, sua paciência, tolerância e motivação foram celestiais.

Aos meus pais, que sempre tentaram me fazer entender que nada é mais importante na vida que a alegria de uma obrigação cumprida com dignidade e honradez.

Aos meus irmãos, amigos e todos aqueles de certa forma colaboraram para que o presente trabalho fosse realizado.

Especialmente, agradeço ao meu marido que tem sido a motivação de minha vida profissional e pessoal proporcionado-me a serenidade e paciência que lhe são tão características e que me fazem sentir que tudo valeu a pena.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

INTRODUÇÃO

CAPÍTULO I – O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E OS CONTRATOS INTERNACIONAIS DO COMÉRCIO

- 1.1 – Conceito de Direito Internacional Privado
- 1.2 – Função Normativa
- 1.3 – Conceito de Contratos Internacionais do Comércio e sua qualificação perante o Direito Internacional Privado

CAPÍTULO II – OS CONTRATOS INTERNACIONAIS DO COMÉRCIO EM SUA GENRALIDADE

- 2.1- Elementos Caracterizadores
- 2.2 - Natureza Jurídica
- 2.3 – Eficácia

CAPÍTULO III – FORMAÇÃO, EXECUÇÃO E CONCLUSÃO DOS CONTRATOS INTERNACIONAIS DO COMÉRCIO

- 3.1 – Formação dos Contratos Internacionais do Comércio
- 3.2 – A Negociação dos Contratos Internacionais do Comércio
- 3.3 – As Claúsulas nos Contratos Internacionais do Comércio
- 3.4 – Princípios Gerais do Conflito de Leis e os Contratos Internacionais do Comércio
- 3.5 – Regras de Conexão dos Contratos Internacionais do Comércio

CAPÍTULO IV – A AUTONOMIA DA VONTADE E OS CONTRATOS INTERNACIONAIS DO COMÉRCIO

- 4.1 – A autonomia da Vontade e os contratos Internacionais do Comércio

4.2 – Doutrinas Históricas

4.3 – A Autonomia da Vontade no Direito Internacional Privado e Países do Mercosul

4.4 – A Autonomia da Vontade na Doutrina Brasileira

4.4.1 – O Projeto de Aplicação de Normas Jurídicas e a Autonomia da Vontade

4.4.2 – A Autonomia da Vontade e a “lex mercatoria”

4.4.3 – A Autonomia da Vontade e a Liberdade Contratual

CAPÍTULO V – A NOVA “LEX MERCATÓRIA” E OS CONTRATOS INTERNACIONAIS DO COMÉRCIO

5.1 – Conceito de “lex mercatória”

5.2 – O Caráter Metanacional da “lex mercatória”

5.3 – Críticas à aplicação da “lex mercatoria”

CAPÍTULO VI – AS REGRAS BRASILEIRAS SOBRE LEI APLICÁVEL AOS CONTRATOS INTERNACIONAIS

6.1 – Evolução Histórica

6.2 – Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas – Anteprojeto de 1.962

6.3 – Decreto – Lei n. 4.657 de 4 de setembro de 1.942

6.4 – O Projeto de Lei de Aplicação de Normas Jurídicas – Projeto 4.905/95

CAPÍTULO VII – AS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS SOBRE APLICAÇÃO DE LEIS AOS CONTRATOS INTERNACIONAIS DO COMÉRCIO

7.1 – A Convenção de Roma sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais de 1.980

7.2 – A Convenção de Haia sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais de 1.984

7.3 – A Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável às Obrigações Contratuais de 1.984.

CONCLUSÃO

BIBLIOGRAFIA

ANEXOS

APRESENTAÇÃO:

A presente dissertação tem como principal objetivo realizar uma revisão bibliográfica sobre os contratos internacionais do comércio, analisando conjuntamente alguns aspectos das mudanças previstas pelo Projeto de Lei de Aplicação das Normas Jurídicas, (projeto de lei 4.905/95); mais especificamente no que se refere às inovações trazidas ao Direito Internacional Privado Brasileiro, bem como, a influência da autonomia da vontade e da *lex mercatória* na realização dos contratos internacionais do comércio.

Neste trabalho realizaremos um estudo comparativo das principais mudanças ocorridas no sistema jurídico brasileiro quanto aos contratos internacionais do comércio, tendo como objeto mais específico, a influência da *lex mercatoria* nas contratações internacionais, e, ainda, o posicionamento dos outros sistemas jurídicos internacionais em relação ao comércio internacional.

Entendemos ser o estudo deste trabalho pertinente ao Direito Internacional Privado Brasileiro, tendo em vista a premente necessidade de atualização da Lei de Introdução ao Código Civil, que “tem como conteúdo as normas e princípios relativos à interpretação e aplicação de outras normas em si mesmas consideradas (Hermenêutica Jurídica), ao conflito de leis no tempo, ao conflito de leis no espaço e à algumas questões conexas, como a homologação de sentenças estrangeiras, embora seu conteúdo e sistemática legislativa não estejam adequados ao atual estágio doutrinário e jurisprudencial relativos à evolução das normas de superdireito e em conformidade com alguns tratados e convenções que o Brasil ratificou nestes cinquenta anos de sua vigência, especialmente no que se refere às regras do conflito de leis no espaço em matéria de contratos internacionais”.¹

Ao apresentar o Projeto de Aplicação das Normas Jurídicas, para apreciação do Sr. Presidente da República, o então Sr. Ministro de Estado da Justiça, Alexandre de Paula Dupreyat Martins, assegurou sua convicção no sentido de ser o Projeto

¹ FIORATI, Jete Jane. As Inovações no Direito Internacional Privado Brasileiro presentes no Projeto de Lei de Aplicação das Normas Jurídicas. Revista de Estudos Jurídicos, UNESP, Franca, 1: 119-159, 1.996.

4.905/95 o remédio saneador para as falhas existentes na atual Lei de Introdução ao Código Civil, pois o mesmo, atualizará as normas que a integram e que devem ser mantidas no direito positivo brasileiro.² Infelizmente, o projeto encontra-se, ainda, no Congresso Nacional, aguardando o momento de ser analisado e votado, o que nos impossibilitou a uma análise mais profunda de seu conteúdo.

Por compartilharmos dessa certeza, vislumbramos a necessidade de um estudo comparativo entre a legislação brasileira atual e o projeto de aplicação de normas jurídicas, bem como, dos principais sistemas jurídicos internacionais, no âmbito dos contratos internacionais do comércio, para ao final do mesmo podermos compartilhar e acrescentar, juntamente com os grandes doutrinadores e internacionalistas, a nossa modesta colaboração para a exploração desta seara do Direito Internacional Privado, que cada vez mais, conquista novos adeptos.

² Exposição de Motivos nº 147, de 06 de dezembro de 1.994, do Senhor Ministro de Estado da Justiça. P.22.

INTRODUÇÃO:

Atualmente, o conceito de comércio internacional ultrapassa a visão de regionalismo de um direito interno, e, por isso, exige dos países que desejam participar da comercialização mundial, regras compatíveis com sua natureza, suas exigências e objetivos. O comércio internacional se circunscreve às suas necessidades próprias, sem considerar a hipótese de submissão a um determinado ordenamento jurídico. Ao contrário, cria sua legislação para que os países participantes do mercado mundial possam se adequar.

Por causa das grandes modificações ocorridas nos últimos anos, com o desenvolvimento acelerado do mercado mundial, é que surgiu a necessidade de readaptar e enquadrar o ordenamento jurídico brasileiro no mercado mundial.

O Código Civil brasileiro, após sua edição em 1.916, teve sua Lei de Introdução modificada pela primeira vez em 1.942, através do Decreto Lei 4.657. Em 1.962, o professor Haroldo Valladão foi nomeado para elaborar um anteprojeto de lei para substituir a atual Lei de Introdução, pois já se encontrava obsoleta em relação à aplicação de normas estrangeiras e aos modernos princípios de direito internacional privado e outras questões ligadas à matéria.

O anteprojeto de 1.962, conforme a definição do próprio autor, seria *“um diploma autônomo e amplo, uma Lei Geral, independente, sobre as Fontes do Direito, com as respectivas normas básicas, de grande relevância especialmente num estado de organização federativa, qual o Brasil, versando a hierarquia, vigência e territorialidade, hermenêutica, direito internacional privado, direito intertemporal...”*.³

Ainda segundo Valladão, entre as principais modificações no âmbito do direito internacional privado, o anteprojeto determinou novos critérios para aplicação

³ VALLADÃO, Haroldo. Direito Internacional Privado. Livraria Freitas Bastos. vol. I. Rio de Janeiro. 1.968.

das leis às relações contratuais, seguindo a lei da residência habitual, a lei da situação dos imóveis, regendo pela lei brasileira a sucessão quanto aos aqui situados.

Apesar das inovações previstas pelo anteprojeto, a tentativa de transformá-lo em lei não teve êxito, e, posteriormente, o projeto acabou sendo arquivado.

Em 1.987, no I Congresso Brasileiro de Direito Internacional Privado, ocorreu a aprovação de uma moção que pedia urgência ao Governo Federal para nomear uma comissão de juristas para a elaboração de um novo anteprojeto para substituir a atual Lei de Introdução ao Código Civil.

Em 1.995, o novo anteprojeto denominado “Lei de Aplicação das Normas Jurídicas”, finalmente concretizou-se, e, atualmente, está em tramitação no Congresso Nacional. O Projeto 4.905/95, elaborado pela comissão de juristas composta por João Grandino Rodas, Jacob Dollinger, Limongi França e Inocêncio Martins, veio suprir as inadequações constantes na Lei de Introdução, procurando atualizá-la aos modernos preceitos jurídicos referentes à aplicação de normas jurídicas.

No que se refere ao Direito Internacional Privado, o Projeto traz em seu conteúdo modificações significativas quanto à lei aplicável aos contratos internacionais, adequando-os aos tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

O Projeto foi dividido em três capítulos: I - Da norma jurídica geral; II – Do Direito Intertemporal; III – Do Direito Internacional Privado. O terceiro capítulo será o cerne do presente estudo, o qual será analisado conjuntamente com os demais ordenamentos jurídicos internacionais, sob a óptica da “lex mercatoria”.

Desde 1.930, o Brasil adotou a nacionalidade como regra de conexão para a determinação da lei aplicável às questões ligadas ao estatuto pessoal. Em 1.942, o governo federal promulgou a atual Lei de Introdução ao Código Civil, baseando-se na

ratificação do Tratado de Havana, que estabelecia o domicílio como regra de conexão para a determinação da lei aplicável às questões do estatuto pessoal.

A Lei de Introdução vigente até hoje, tornou-se deficiente e inadequada às transformações ocorridas devido ao desenvolvimento tecnológico, à progressiva integração econômica dos Estados e o aumento de intercâmbio internacional de pessoas, os quais forçaram o Brasil a utilizar as regras do conflito de leis, bem como celebrar tratados multilaterais com outros Estados para conseguir se inserir no mercado globalizado.

Todas essas modificações fizeram com que nossa Lei de Introdução deixasse a desejar, quanto às várias regras existentes em seu conteúdo, especialmente àquelas relacionadas às obrigações e contratos internacionais.

Da urgência de se atualizar e adequar as regras da Lei de Introdução, surgiu o Projeto 4.905/95, o qual teve como objetivo principal consubstanciar critérios sistematizados relativos aos conflitos de lei no espaço, no tempo, e também, o tratamento jurídico adequado às questões ligadas ao Direito Internacional Privado, concernentes com o atual estágio das relações jurídicas entre pessoas no Direito internacional, para aplicação de normas jurídicas no território brasileiro, sejam elas nacionais ou estrangeiras.⁴

A importância dada pelo Projeto aos princípios internacionais que regem a aplicação de leis aos contratos internacionais, será de grande utilidade e necessidade para o país, pois frente a globalização que está ocorrendo no cenário mundial, onde todos os países precisam se manter atualizados às rápidas modificações e desenvolvimento de capitais, indústria e tecnologia, as negociações realizadas com o Brasil não podiam continuar dependendo da determinação prevista na Lei de Introdução, tendo em vista que no âmbito internacional as leis aplicadas aos contratos internacionais divergem do que prevê a atual Lei.

⁴ FIORATI, Jete Jane. Op. cit. p. 128.

Muitas vezes, a utilização da “lex mercatoria” nos contratos realizados com o nosso país, torna-se inadequada pois se distancia do que a lei nacional interna prevê. Portanto, na atual situação do mercado mundial, fica difícil fazer menção a capitais ou tecnologias nacionais, e até mesmo à aplicação de leis nacionais e negócios internacionais.

Em vista de todos esses fatores, mister a abertura dos mercados e da legislação internacional no que se refere à realização dos contratos internacionais, pois a multiplicidade de negócios realizados e a diversidade de produtos existentes no mercado mundial a espera de um comprador, tornam imprescindível a liberdade de escolha das leis a serem aplicadas aos contratos.

Mas, as normas sobre indicação da lei aplicável aos contratos internacionais no Direito Brasileiro, tanto na prática legislativa como na doutrina e jurisprudência sempre foram alvo de dúvidas interpretações.

Portanto, a realização desse trabalho está assentada na necessidade que se originou da realização de um estudo comparativo e específico entre os sistemas jurídicos internacionais e o sistema brasileiro, verificando as mudanças previstas pelo Projeto 4.905/95.

CAPÍTULO I

O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E OS CONTRATOS INTERNACIONAIS DO COMÉRCIO

1.1 – Conceito de Direito Internacional Privado

A definição do direito internacional privado é reconhecidamente, tarefa das mais difíceis, pois, não há como realizá-la sem antes analisarmos alguns conceitos estruturais da matéria e seus princípios. A doutrina é unânime ao afirmar que definir direito internacional privado implica na determinação de seu objeto de estudo, e ainda, na delimitação do alcance e aplicação de suas regras.

*A definição do direito internacional privado torna-se por isso, missão bastante difícil, visto como, estruturalmente, impõe-se o atendimento a uma série de princípios ainda não completamente analisados ou suficientemente estudados.*⁵

Na doutrina, após a determinação histórica da matéria, encontramos a noção de direito internacional privado ligada ao aspecto intrínseco e extrínseco de normas internas dos Estados. A maioria dos autores ao iniciarem a conceituação desta matéria, enfocam a diferenciação de direito internacional privado e direito internacional público, direito uniforme e uniformizado, direito intertemporal e conflito aparente de normas, e há ainda, aqueles que se abstêm de apresentar qualquer definição.

Irineu Strenger, ao analisar com muita propriedade, o problema da definição do Direito internacional privado, discorre a opinião e posicionamento dos mais variados e importantes autores de direito internacional.⁶ Ao explicar os diversos posicionamentos, o autor os divide de acordo com suas características essenciais, explicando que existem autores que

⁵ STRENGER, Irineu. Direito Internacional Privado. São Paulo, Ltr, 3ª ed., 1.996.

⁶ Ib. idem.

registram como fundamental para determinação do conceito de direito internacional privado o conflito de leis; os que se fixam principalmente na controvérsia entre direitos privados de indivíduos pertencentes a distintos países; aqueles que tratam de definir o objeto de nossa disciplina utilizando-se do critério enumerativo; e, os que ressaltam a necessidade de se reconhecer a eficácia extraterritorial do direito interno de cada Estado.

A partir desta divisão poderemos passar a identificar e analisar alguns autores mais especificamente. Dentre os mais citados na doutrina está Andre Weiss⁷, Franz Despagnet⁸, que fariam parte, segundo a divisão apresentada por Strenger, do primeiro grupo de doutrinadores que vêem o Direito Internacional Privado como um conjunto de regras aplicáveis à solução de conflitos surgidos entre dois Estados ou soberanias diferentes. Portanto, vemos aqui a primazia da solução de conflitos como objeto denominador do Direito Internacional Privado.

Já no segundo grupo poderíamos destacar, ainda segundo Strenger, Werner Goldshimit, Valery, Foignet, que acreditam ser o Direito Internacional Privado o conjunto de soluções dos casos jurisprivatistas com elementos estrangeiros, baseados no respeito aos ditos elementos.⁹ No mesmo sentido, sistema de regras jurídicas coligadas sob a proteção do direito internacional, aplicáveis às relações de ordem privada entre nacionais, que têm seu nascimento na esfera dos movimentos internacionais.¹⁰

Dentre aqueles que definem o Direito internacional com critérios enumerativos, estão Lainé, Pillet e Niboyet, que de modo geral, defendem o direito internacional privado como ramo do direito público que tem como função determinar a nacionalidade dos indivíduos, regular a relação entre os Estados e solucionar o conflito de leis.¹¹

⁷ WEISS, André. Competence ou incompétence des tribunaux à l'égard des États étrangers. Recueil des Cours, vol. I, 1.923. **In** Irineu Strenger, op. cit.

⁸ DESPAGNET, Franz. Précis de Droit International Privé, Paris, 1.909. **In** Irineu Strenger, op. cit.

⁹ GOLDSHIMIT, Werner. **In** Irineu Strenger, op. cit.

¹⁰ DANEWSKY, **In** Irineu Strenger, op. cit.

¹¹ **In** Irineu Strenger, op. cit.

Martens, Trias e Asser estão no último grupo definido por Strenger que defendem a extraterritorialidade de cada Estado, cuja definição da matéria se consubstancia na seguinte orientação: “conjunto de princípios que determinam a lei aplicável, ora às relações jurídicas entre pessoas pertencentes a Estados ou territórios diversos, ora aos atos realizados em países estrangeiros, ora enfim, a todos os casos em que se trata de aplicar a lei de um Estado em território de outro.”¹²

Após essa breve análise sobre a doutrina clássica do direito internacional, passaremos a discorrer o posicionamento de nossos mais eminentes autores pátrios.

Amílcar de Castro, emite seu ponto de vista a partir de outras definições sem contudo, externar a sua, apenas analisando as que já existem. Portanto, o autor enfatiza que do conjunto de conceitos existentes, pode-se concluir que “o direito internacional privado, como direito objetivo, é o ramo do direito público que se destina a organizar direito adequado à apreciação de fatos que, por qualquer dos seus elementos, estejam em conexão com dois ou mais meios sociais, ou mandando observar o próprio direito nacional, ou imitando direito estrangeiro. E como direito subjetivo, é a faculdade de exigir da autoridade jurisdicional essa observância, ou essa imitação, uma vez que o direito subjetivo é apenas o avesso do objetivo”.¹³

Para Haroldo Valladão, precursor na tentativa de modificação de nossa atual Lei de Introdução ao Código Civil, o direito internacional privado é o ramo da ciência jurídica que resolve os conflitos de leis no espaço, disciplinando os fatos em conexão no espaço, com leis divergentes.¹⁴ Para o autor, a definição do direito internacional privado estende-se demais se levarmos em conta somente o fato de existir um elemento estrangeiro na relação jurídica, o que obrigaria aos envolvidos a consultar à Justiça Federal a todo momento. O correto, portanto, seria levantar um problema de divergência legislativa, um conflito de leis, que

¹² J.M. TRIAS DE BES. In Irineu Strenger.

¹³ CASTRO, Amílcar. Direito Internacional Privado, 2 vols, Rio de Janeiro, 1.968.

¹⁴ VALLADÃO, Haroldo. Direito Internacional Privado. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1.980.

envolvesse relações conectadas com leis autônomas e divergentes suscitadoras de conflitos de leis no espaço, entram no campo do direito internacional.

A visão de Jacob Dollinger é semelhante, o autor entende que não há restrição da matéria quanto à sua atuação no campo do direito público, sustentando a identidade de questões trabalhistas, financeiras, penais que assumem aspectos internacionais, exigindo a aplicação de regras e princípios do direito internacional privado.¹⁵

E, finalmente, dentre os mais estudiosos da matéria está Irineu Strenger, que além de analisar os mais clássicos autores do assunto, emite sua valiosa opinião a respeito definindo o direito internacional privado como um complexo de normas e princípios de regulação que, atuando nos diversos ordenamentos legais ou convencionais, estabelece qual o direito aplicável para resolver conflitos de lei ou sistemas, envolvendo relações jurídicas de natureza privada ou pública, com referências internacionais ou interlocais.¹⁶

Após a análise das diversas definições acima explicitadas, não teremos a pretensão de criar ou emitir nossa própria definição, tendo em vista o nosso início nos estudos do direito internacional, mas, arriscamos apenas e tão somente a opinião fundamentada nas valorosas contribuições até o momento estudadas.

Os autores estudados divergem em alguns aspectos formais e materiais do direito internacional, em seus conceitos, mas notamos, e julgamos importante salientar, a indiscutível e sempre presente posição no sentido de que este ramo do direito diz respeito à solução do conflito de leis espaciais, entre Estados, acima de qualquer outra função. E, sob esse ponto de vista, concordamos com o que defende Rechsteiner, que diz “...todavia são unânimes em afirmar que as normas de direito internacional privado se destinam a resolver conflitos de leis no espaço, o que pressupõe fatos, juridicamente relevantes, com conexão internacional. Controvertem-se, contudo, se a relação jurídica com conexão internacional se restringe,

¹⁵ DOLLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro, Renovar, 1.996.

¹⁶ Irineu Strenger, op. cit.

necessariamente, ao direito privado, ou se as regras do direito internacional privado são aplicáveis, também, a conflitos de leis no espaço, quando decorrentes do direito público.”¹⁷

1.2 – Função normativa do Direito Internacional Privado

Em detrimento da dificuldade em se delimitar o campo de atuação do direito internacional privado, torna-se consequência natural a polêmica doutrinária em torno de sua função normativa. Atualmente, o direito internacional privado e seus institutos estão tão intimamente correlacionados que ao tentarmos defini-los ou separá-los com conceitos e restrições limitativas para seu campo de atuação, certamente iremos nos deparar com termos e conceitos muito semelhantes e dependentes um do outro. Por isso, para discorrermos sobre sua função normativa, consideramos importante analisarmos a divergência doutrinária existente em relação às suas disciplinas jurídicas afins, conforme alguns autores denominam, entre eles Rechsteiner¹⁸, ou ainda, objeto, como preferem outros.

Para Dollinger, é necessária a distinção entre Direito Uniforme, que segundo o autor são instituições ou normas de caráter interno, que espontaneamente recebem o mesmo tratamento pelas leis de dois ou mais sistemas jurídicos; Direito Internacional Uniformizado que são atividades de caráter internacional, objeto de convenções internacionais que uniformizam as regras jurídicas disciplinadoras da matéria por meio de leis uniformes; Direito Internacional Privado que por um lado uniformiza as normas disciplinadoras do comércio internacional, por meio de tratados e convenções, até onde isso seja aceitável para os países interessados; por outro, elabora fórmulas para solução de conflitos, que determinem as leis internas a serem aplicadas. E ainda, Direito Internacional Privado Uniformizado, cria convenções internacionais que estabelecem regras de conexão aceitas pelos países signatários, uniformizando as suas regras de Direito Internacional Privado.¹⁹

¹⁷ RECHSTEINER, B. W. Direito Internacional Privado – Teoria e prática. São Paulo, Saraiva, 1.998.

¹⁸ *Ib idem.*

¹⁹ DOLLINGER, I. Direito Internacional Privado (parte geral). 4^a ed., São Paulo: Renovar, 1.996.

Para o autor, acima de qualquer outro fator, podemos considerar como função normativa do Direito Internacional Privado, a aplicação de fórmulas solucionadoras do conflito de leis, mediante a comparação das leis de diversos sistemas, divergentes entre si, determinando-se a extensão territorial da lei, ou seja, aplicação do método unilateralista, ou ainda, o multilateralismo, que procura a lei aplicável para as diferentes relações jurídicas, que tem como base a teoria do “centro de gravidade” de Savigny²⁰, que atualmente observamos nos *restatement* americanos, que dispõem que os direitos e deveres das partes em um contrato são determinados pela lei do Estado com a qual a questão tem a mais significativa relação.

Dentre as várias concepções doutrinárias acerca do objeto do Direito Internacional Privado, e sua função normativa, a mais ampla é a francesa, segundo a qual envolve a nacionalidade, a condição jurídica do estrangeiro, o conflito de leis e o conflito de jurisdições. Já a alemã restringe o objeto da ciência ao conflito de leis. E, os países anglo-saxões e os Estados Unidos, consideram matérias desta disciplina o conflito de leis, o conflito de jurisdições e o reconhecimento de sentenças estrangeiras.

Conforme já exposto no item I deste trabalho os posicionamentos doutrinários a respeito da determinação do objeto de estudo, do conceito e função normativa do Direito Internacional Privado é polêmica e dinâmica, pois com o desenvolvimento desenfreado do comércio internacional e das relações jurídicas nele envolvidas tanto na seara pública como na privada, a dificuldade na determinação desses conceitos e institutos torna-se cada vez mais freqüente em nossos estudos.

De acordo com o que podemos constatar no estudo desenvolvido até o momento, ficamos com o posicionamento do renomado autor que diz: “O problema é altamente controvertido. Não há coincidência de opiniões quanto à determinação do objeto do direito internacional privado entre os estudiosos. Contudo as divergências a respeito, por outro lado, mostram a riqueza problemática do direito internacional privado, hoje disciplina das mais

²⁰ *Ib. idem.*

importantes, em face do crescente relacionamento entre pessoas de todas as partes do mundo, cada vez mais próximas e comunicadas”.²¹

No Brasil, constata-se a divergência entre os autores quanto ao conflito de leis, a nacionalidade e a condição jurídica do estrangeiro, sendo que os dois últimos são considerados pressupostos didáticos da disciplina.

Na doutrina estrangeira, encontramos entre os clássicos, Henri Battifol²² que conceitua o direito internacional privado, como o estudo dos sujeitos dos direitos, quando falamos em nacionalidade e condição jurídica do estrangeiro; o exercício dos direitos, quando se estuda o conflito de leis; e a sanção dos direitos, quando estudamos o conflito de jurisdições. Antoine Pillet²³, sustentou que ao estudarmos a matéria, deveríamos classificá-la em gozo dos direitos, se referindo à condição dos estrangeiros e a lei do foro, *lex fori*, em que se encontram; e exercício dos direitos, que trataria de como exercer os direitos, se, na conformidade da lei local ou de alguma lei estrangeira; e, ainda, reconhecimento dos direitos, versando este tema sobre os efeitos internacionais dos direitos adquiridos no estrangeiro.

Portanto, com base no que foi exposto até aqui, consideramos que para a doutrina de forma geral, podemos elencar cinco problemas, como objetos de estudo e fonte para normatização das regras de direito internacional privado: uniformização de leis, nacionalidade, condição jurídica do estrangeiro, conflito de leis e reconhecimento internacional dos direitos adquiridos.²⁴

Há ainda, sob o ponto de vista jus-filosófico de Irineu Strenger, que ao analisar a função normativa do Direito internacional privado, visualiza a função normativa de um direito conflitual, que envolveria, segundo sua ótica, o estudo do problema da extraterritorialidade, pois segundo o autor, “... se não se pode estabelecer como hipótese de

²¹ STRENGER, I. Direito Internacional Privada. 3^a ed. aumentada. São Paulo: Ltr, 1.996. p. 43.

²² BATTIFOL, H. e LAGARDE, P. “Droit International Privé” In Jacob Dollinger, op. cit.

²³ PILLET, A. “Principes de Droit International Privé” In Jacob Dollinger, op. cit.

²⁴ STRENGER, I. op cit. p. 15.

raciocínio, a possibilidade de aplicar extraterritorialmente o nosso direito e, em consequência disso, aplicar direito estrangeiro em nosso território, o próprio direito internacional privado não tem possibilidade de sobreviver.”²⁵ Na esteira dessa explicação o autor acrescenta que o primeiro passo para se determinar a função normativa do direito internacional privado, ou direito conflitual, é a nacionalização do direito estrangeiro como solução doutrinária para o problema.

Essa nacionalização ocorreria, segundo alguns autores citados por Strenger, através da incorporação, que poderia ser formal ou apenas, material. Para a corrente formalista da incorporação, o direito estrangeiro, aplicado pelo juiz, nacionaliza-se, ainda que seja de conteúdo alienígena, porque as regras de direito internacional privado criariam espontaneamente sobre as questões em litígio, regras de direito diretas e idênticas às do país estrangeiro. O autor sustenta que a teoria formalista é interessante porque não vai além da apropriação provisória das normas de direito estrangeiro. Já a teoria material acredita na existência de uma verdadeira inserção ou assimilação da norma, quando adota-se um direito estrangeiro, pura e simplesmente, haveria uma marginalização das ordenações nacionais que seriam, no caso, aplicáveis à solução de determinado litígio. Mas, o autor acrescenta que, tanto a incorporação formal como a material, não podem fugir da acusação de que o legislador estrangeiro, nessa circunstância, estaria se transformando em um legislador nacional, em razão de uma delegação abstrata de poderes, porque se aceitarmos a transferência da força do direito estrangeiro, que está contido na norma alienígena, como aplicável no ordenamento nacional, está claro que com isto autorizamos praticamente, a atuação desse poder estrangeiro contido na norma nacional.²⁶

Em contraposição às teorias da incorporação, o citado autor estabelece comparação com a teoria dominante, que diz que o direito estrangeiro é e deve ser ele próprio, não existindo possibilidade de nacionalizá-lo, caso contrário estaríamos traindo a finalidade da norma como ela é e de onde ela provém. O que ocorre hoje, segundo tal teoria, é aplicação exclusivamente do direito estrangeiro como ele é, havendo um respeito, uma submissão ao

²⁵ Ibid, p. 484.

²⁶ STRENGER, I. op. cit , p. 487/488.

conteúdo do ordenamento jurídico estranho. Entretanto, essa teoria também sofre restrições, porque exige do aplicador uma submissão, forçando-o a compreender os ordenamentos estrangeiros para aplicá-lo na solução do litígio.

Não há como finalizarmos o tema proposto neste tópico, sem ressaltarmos que muitas teorias ainda virão, e talvez, já estejam sendo desenvolvidas. Mas, conforme já salientamos no começo deste trabalho, a dialética criada em torno do direito internacional privado é grande e polêmica, e percebemos por nossos estudos iniciais que ao tentarmos aprofundar qualquer conceito, a profusão de opiniões e teorias aumenta ainda mais.

Quanto à função normativa do direito internacional privado, compartilhamos da análise acima proposta, e, observamos a importância da filosofia do direito para explicar muitos dos fundamentais princípios deste direito que, por sua própria natureza conflitual, exige de seus estudiosos a base filosófica para solução de suas questões.

Ao visualizarmos a importância da filosofia do direito para explicarmos e aprofundarmos muitas dúvidas da seara internacional, deparamo-nos, mais uma vez, com excelente exposição do autor citado, quando ele explica que a finalidade do direito internacional privado está intimamente ligada ao fundamento filosófico para explicar suas normas, e, ao mesmo tempo, para interpretar a sua substância e o seu conteúdo legítimo. A justiça, segundo o autor, seria esse pressuposto filosófico, e, dessa idéia de justiça dependeria o direito internacional privado, porque haveria uma vinculação entre os diversos sistemas jurídicos, que não seriam apenas de ordem ética ou filosófica, mas também de ordem política do direito, e esta somente seria válida quando se assentasse em bases seguras de justiça.

1.3 – Conceito de Contratos Internacionais e sua qualificação perante o Direito Internacional Privado

Desde o início das discussões acerca da definição dos contratos internacionais do comércio, a doutrina vem apresentando suas divergências quanto à aceitação ou não deste tema inserido no estudo do Direito Internacional Privado Material, ou ainda, se de acordo com alguns autores, como Loussouarn, citado por Nádia de Araújo, que sustentou a

emergência do direito internacional convencional dos contratos.²⁷ A autora explica que essa definição dada por Loussouarn, deixa clara a distinção fundamental entre o chamado Direito Internacional Privado Material Convencional, que apresenta diretamente soluções para reger uma situação jurídica internacional, e o Direito Internacional Privado Conflitual Internacional, que resolve a questão de forma indireta, pois somente a lei interna indicada poderia dar a solução.

Nas diversas definições existentes sobre contratos internacionais, verificamos a atenção dada à possibilidade de aplicação da autonomia da vontade quanto à lei escolhida para reger o contrato. Por isso, acreditamos conforme a abordagem feita pela autora citada, que os contratos internacionais estariam inseridos no estudo deste Direito Internacional Privado Conflitual, o que mais uma vez nos leva a considerar e ressaltar a impossibilidade de se estudar os contratos no Direito internacional, sem relacionarmos à sua definição a polêmica em torno da aplicação da autonomia da vontade e da resolução do conflito de leis.

Após esse estudo inicial, analisaremos algumas definições sobre contratos internacionais e sua importância para o Direito Internacional atualmente. Para definirmos contratos internacionais, precisamos antes nos socorrer ao gênero contrato, que conforme Pothier é uma convenção pela qual duas ou mais pessoas prometem e se obrigam a dar, fazer ou não fazer alguma coisa.²⁸

No direito pátrio, Clóvis Bevilacqua definiu contrato como “o acordo de vontades para o fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos”²⁹; já Sílvia Rodrigues ao comentar a definição acima, nos chama a atenção para a distinção entre convenção e contrato, sendo a primeira, o acordo de duas ou mais pessoas sobre um objeto jurídico, e o segundo, convenções destinadas exclusivamente a criar obrigações.³⁰ Mas, o autor esclarece que essa distinção apenas teve maior repercussão no direito francês, sendo que nos outros sistemas as duas expressões são consideradas sinônimas.

²⁷ In ARAÚJO Nádia. Op.cit. p.15.

²⁸ Apud OLIVEIRA ANDRADE, Darcy B. Do Contrato, Rio, s/d, 1.960, p. 15.

²⁹ BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, 8ª ed, São Paulo, 1.950, vol. IV.

³⁰ RODRIGUES, Sílvia. Direito Civil. Vol. 3, Ed. Saraiva, 1.993.

Entretanto, acreditamos que ao considerarmos o contrato como instrumento de um negócio jurídico, onde as partes obrigam-se mutuamente criando para si direitos e deveres, e a convenção como um meio das partes explicitarem esses direitos e deveres, a partir dos quais serão realizados os contratos, inicialmente, consideramos possível a distinção presente no direito francês.

Ainda, considerando a distinção entre contrato e convenção, se tomarmos por base, o contrato internacional, a visualização de contrato e convenção se torna mais acentuada, pois, no âmbito internacional as convenções existentes em torno da forma, requisitos e aplicação de leis em contratos é, atualmente, muito presente, como por exemplo, a Convenção de Roma sobre a lei aplicável aos contratos internacionais, a Convenção de Roma sobre contratos internacionais de compra e venda, entre outras.

Deste estudo inicial sobre a conceituação de contrato, podemos passar ao conceito de contrato internacional, que se difere do contrato interno por propiciar a aplicação de mais de um ordenamento jurídico em seu conteúdo.

Esther Engelberg diz que o contrato internacional tem elementos que o aproximam da definição clássica de Aristóteles, que o definiu como uma lei feita por particulares, tendo em vista determinado negócio; sendo que a diferença fundamental está nas cláusulas concernentes à conclusão, capacidade das partes e o objeto se relacionarem a mais de um sistema.³¹ A autora explica que nos contratos internacionais encontramos um elemento de estraneidade que pode ligá-lo a mais de um sistema jurídico, os quais se constituem nos elementos de conexão.

Strenger, sustenta que um contrato é internacional desde que seja conectado a normas jurídicas emanadas de vários Estados, em razão de seu lugar de conclusão ou execução, da localização de seu objeto, da nacionalidade ou do domicílio das partes. E, ainda

diz que os elementos de conexão que fazem a vinculação aos diversos sistemas jurídicos são o vínculo que relaciona um fato qualquer a determinado sistema jurídico, com função indicativa vão determinar o direito substantivo aplicável.³²

Porém o autor nos adverte, citando Barthélemy Mercadal e Philippe Janini, que em detrimento da nova concepção de comércio internacional, algumas decisões judiciais consideram um contrato internacional desde que coloque em jogo interesses do comércio internacional, e desta forma a internacionalidade estaria ligada ao objeto do contrato, que seria a tradução jurídica da operação econômica perseguida pelas partes. E, por isso, sua definição de contratos internacionais abrange o conteúdo patrimonial da relação jurídica, a qual merece integral reprodução:

*“São contratos internacionais do comércio todas as manifestações bi ou plurilaterais da vontade livre das partes, objetivando relações patrimoniais ou de serviços, cujos elementos sejam vinculantes de dois ou mais sistemas jurídicos extraterritoriais, pela força do domicílio, nacionalidade, sede principal dos negócios, lugar do contrato, lugar da execução, ou qualquer circunstância que exprima um liame indicativo de Direito aplicável.”*³³

Suzan Lee Zaragoza de Rovira, comentando a definição de Strenger, determina a questão da definição dos contratos internacionais de modo objetivo e esclarecedor, explicando que o contrato internacional e o comércio internacional se confundem e em razão das diferenças de sistemas legislativos e das valorações diversas que estes emprestam aos vários elementos de conexão, é evidente a possibilidade de conflitos de leis e a complexidade do problema que tanto tem preocupado a doutrina.³⁴

³¹ ENGELBERG, Esther. Contratos Internacionais do Comércio. Atlas, 1.997.

³² Op. cit. p. 82.

³³ STRENGER, I. Contratos Internacionais do Comércio. Ltr, 3ª ed, 1998. P.82.

³⁴ ROVIRA, Suzan L. Z. Estudo comparativo sobre contratos internacionais: aspectos doutrinários e práticos. apud Contratos Internacionais. RT, 2ª ed., São Paulo, 1995.

Sob nosso ponto de vista, o posicionamento da autora só vem confirmar a tese levantada no início de nossos estudos de que Direito Internacional e Comércio internacional, estão intrinsecamente ligados, no que se refere aos contratos internacionais, tornando-se impossível, atualmente, a definição de seus institutos separadamente, sem considerarmos a influência e desenvolvimento de novos conceitos como, por exemplo, a nova *Lex Mercatoria*, tema que será abordado neste trabalho em capítulo posterior.

CAPÍTULO II

OS CONTRATOS INTERNACIONAIS DO COMÉRCIO EM SUA GENERALIDADE

2.1- Elementos Caracterizadores

A análise dos elementos caracterizadores dos contratos internacionais do comércio, traz à tona a grande discussão em torno de sua existência e características, levando em conta os diversos critérios existentes para definir suas peculiaridades. Quanto à existência dos contratos internacionais do comércio parece pacífica sua aceitação, desde a criação da expressão “contrats d’effets internationaux” para designá-los de forma empírica.³⁵ Essa expressão corresponde àquela, feliz, de Irineu Strenger, contratos internacionais do comércio, e que já encontrou eco em outros países.³⁶

Luiz Olavo Baptista nos explica que para caracterizar os contratos internacionais do comércio, é preciso pelo menos procurar identificar os traços básicos que fazem com que um contrato seja considerado internacional, mas tendo-se presente que há casos especiais que fogem às regras deduzidas. E, ainda segundo o autor, ambas, regras e exceções, servirão como orientação geral e balizamento na qualificação dos contratos que possam envolver mais de uma ordem jurídica.³⁷

Nessa busca dos elementos caracterizadores dos contratos internacionais, a doutrina se multiplica para explicar os critérios que haverão de ser observados quando nos depararmos com a questão de se determinar a internacionalidade de um contrato. Na tentativa de se estabelecer alguns pilares para essa busca, poderemos nos socorrer à soluções doutrinárias, que estabelecem os critérios econômico e jurídico dos contratos; ou ainda, nos atermos ao enfoque convencional que segue a previsão das convenções internacionais; bem como, o critério

³⁵ BATIFFOL, H. e LAGARDE, P. *Traité de droit international privé*, Paris, LGDJ, 1.970, v.2, n.595.

³⁶ BAPTISTA, O. Luiz. *Dos Contratos internacionais*, São Paulo, Saraiva, 1.994.

eclético que considera tanto o aspecto econômico como jurídico para determinar se o contrato é ou não internacional; e finalmente podemos também, nos pautar pela visão empírica.

O autor discorre o tema explicando que “um procedimento empírico impõe-nos imaginar algumas situações, introduzindo nelas, pouco a pouco, elementos internacionais, para procurar descobrir a distinção entre os contratos de efeitos internos e os de efeito internacional.”³⁸

Encontramos soluções caso a caso, chamadas empíricas, na jurisprudência de vários países. O célebre “arrêt Chaplin”, da cassação francesa, onde os juízes decidiram que os contratos eram internacionais, aparentemente sem recorrer a nenhum critério, e a partir de algo que se evidenciava da própria situação refletida pelo contrato.³⁹

O autor cita também o exemplo da Grã-Bretanha, que possui duas leis, o *Unfair Contract Terms Act, de 1.977*, e o *Arbitration Act, de 1.975*, as quais impõem o exame caso a caso para distinguir os contratos que serão submetidos ao direito interno ou internacional. Na primeira, o legislador excluiu do campo de incidência dessa norma alguns tipos de contratos, ficando o exame restrito ao objeto do contrato, domicílio das partes e um terceiro elemento de estraneidade não especificado são utilizados no teste que os tribunais devem fazer para determinar se o contrato está ou não enquadrado nas limitações da lei. Já a Segunda, adota o critério da nacionalidade ou do domicílio, cumulativamente com a escolha de uma lei ou local situados fora do âmbito da soberania inglesa, definindo de forma negativa a arbitragem interna para distingui-la daquela dos contratos internacionais.

Outro exemplo citado por Luiz Olavo Baptista, é o da Suíça, que de acordo com seu posicionamento doutrinário, a definição do contrato internacional não é dada por nenhuma regra jurídica ou decisão jurisprudencial, devendo ser determinado o caráter internacional, caso a caso, e será em função da “lex fori” que o juiz dirá se a relação jurídica

³⁷ Ib idem.

³⁸ Ib idem.

merece o qualificativo de internacional.⁴⁰ Após essa rápida análise do procedimento empírico, passemos para o estudo das outras formas de solução do caráter internacional dos contratos.

Segundo a solução doutrinária, inicialmente partiríamos da determinação de critérios objetivo e subjetivo da internacionalidade do contrato, mas, conforme a crítica do autor acima citado “a diferença entre as situações ditas subjetiva ou objetivamente internacionais reside unicamente em sua intensidade, e não em sua essência. Por isso buscaram-se critérios econômicos e jurídicos.”⁴¹

O critério econômico, criado pelo Procurador Matter em 1.927, sustentava a internacionalidade do contrato levando-se em conta o “fluxo e refluxo de moeda estrangeira” através das fronteiras. Mas , o critério foi considerado limitado porque não respondia de modo adequado a todos os casos, gerando contradições na jurisprudência.⁴² Já o critério jurídico encontra como primeiro defensor Henry Batiffol que seguido por Loussouarn e Bredin, defendiam, respectivamente as seguintes posições: “quando, pelos atos concernentes à sua conclusão ou sua execução, ou à situação das partes quanto à sua nacionalidade ou seu domicílio, ou à localização de seu objeto, ele tem liames com mais de um sistema jurídico”⁴³; e “Parece que deve ser havido por internacional, no que permite à aplicação da lei escolhida pelas partes, um contrato que tem liames com diversos sistemas jurídicos, ou o que vem a dar no mesmo, um contrato cujos elementos de conexão não se situam no mesmo sistema jurídico”.⁴⁴

Luiz Olavo nos chama atenção para o fato de que tais posicionamentos encontraram abrigo na jurisprudência francesa, mas, houve quem os criticasse, como Berthold Goldman que questionou a nacionalidade como critério determinante da internacionalidade do contrato.⁴⁵

³⁹ Cf. Henry Lesguillons, Contrats internationaux, cit., div. 1, art. 27 **In** Luiz Olavo Baptista, op. cit.

⁴⁰ BAPTISTA, Luiz O. op. cit.

⁴¹ *Ib idem*.

⁴² Cass. Civ., 17-5-1927, DP, 1928, 1, 25, nota Capitant, razões finais Matter. **In** BAPTISTA, Luiz O., op. cit.

⁴³ Contrats et conventions, in repertoire Dalloz de Droit International Privé, n. 9 **In** BAPTISTA, Luiz O. op. cit.

⁴⁴ LOUSSOURAN, Y e BREDIN, Jean D. Droit du commerce international, Paris, Dalloz, 1969, p. 594, n. 511.

⁴⁵ **In** Luiz Olavo Baptista, *Ib. idem*.

Portanto, o que constatamos, a partir da análise feita pelo autor, é que a deficiência dos critérios doutrinários fez com que, pela via legislativa, se procurasse estabelecer o modo de classificar como internacional um contrato, ou seja, através dos tratados ou normas internas os países estão determinando quando um contrato será ou não internacional.⁴⁶

Atualmente, o critério predominante é o eclético, tanto no Brasil como no exterior, em decorrência das soluções doutrinárias não serem muitas vezes suficientes, e, as fórmulas convencionais demasiadamente restritas.

Irineu Strenger defende este critério pois, o autor aceita qualquer manifestação de vontade com objetivos patrimoniais ou de serviços, com elementos de dois ou mais sistemas jurídicos diferentes, conectados pelo domicílio, nacionalidade, sede dos negócios, lugar do contrato, lugar da execução, ou qualquer circunstância que demonstre o direito a ser aplicado, como fatores determinantes do contrato internacional.⁴⁷

Para Strenger, o contrato internacional é um elemento dinâmico e não um monumento jurídico, e assim considerado, podemos conceber dois modos para tipificá-lo, o fundamental, que engaja uma estrutura política, sendo a parte fundamental uma espécie de utensílio de trabalho dos dirigentes e faz parte dos elementos de gestão. E o operacional, que inscreve-se na vida corrente; de caráter mais estático, concluído para e pelos serviços funcionais, no quadro de suas prerrogativas, sujeitando-se a limitações quanto aos efeitos e aos inconvenientes que possam surgir por ocasião de sua execução.

O autor explica ainda, que para determinação desses elementos caracterizadores é preciso, em alguns casos, nos socorrer ao princípio da “specific performance” que vem, em primeiro lugar delimitar a essência da obrigação, que é o contrato. Para esse princípio, o que determinará o direito a ser aplicado ao contrato, e, portanto, determinará a

⁴⁶ BAPTISTA, Luiz Olavo. Op cit. p. 19.

⁴⁷ STRENGER, Irineu, op. cit.

essência da obrigação seria o local da execução do contrato (“lex loci executiones”), onde a obrigação desempenha sua finalidade específica; e, quando não existirem elementos de conexão específicos, o domicílio da pessoa a quem compete a execução da obrigação torna-se o lugar da execução do contrato.

Mas o autor destaca que a teoria da “specific performance”, está inserida num contexto de direito positivo, por isso, ela não pretende oferecer previsão específica para cada problema dentro dos limites de um simples contrato, e, enquanto concerne a obrigações não típicas, essa regra geral acarretaria grande número de dificuldades construtivas, finalmente admitindo que em certo número de casos a prática poderia encontrar a lei de regência das transações, com base em outros elementos de conexão.

Entretanto, ainda segundo Strenger, o Direito também pode utilizar esse princípio, e terá de utilizá-lo extensivamente, ao definir dispositivos de Direito Internacional Privado aplicáveis ao dia-a-dia, para as transações implícitas em um contrato de comércio internacional.⁴⁸

Em excelente comentário à posição de Strenger, José M. Rossani Garcez, nos fornece elementos para finalizarmos essa análise, dizendo “...Strenger faz referência a que constituiria um chauvinismo pensar que a distinção entre os denominados contratos internos e contratos internacionais dependeria unicamente de fatores geográficos. Apresenta ele a evidência de que um contrato caracteriza-se como internacional não só quando coloca na relação jurídica elementos estrangeiros, mas quando reflete, em sentido amplo, a consequência do intercâmbio entre Estados e pessoas em diferentes territórios. Diferenciam-se, assim, os mecanismos usualmente utilizados pelas partes dentro de um único território e aqueles utilizados transterritorialmente.”⁴⁹

⁴⁸ Ib. idem.

⁴⁹ ROSSANI, José M. Garcez. Contratos Internacionais Comerciais. Saraiva. São Paulo, 1995.

Nesse contexto, os contratos internacionais ainda mais se particularizariam por se submeterem a diferenciados e especializados mecanismos de construção, execução, interpretação e solução de conflitos.”⁵⁰

2.2 - Natureza Jurídica

Poder-se-ia, eventualmente indagar em que medida a natureza jurídica dos contratos internacionais limitaria ou ampliaria, do ponto de vista prático, e mesmo teórico, sua operatividade.⁵¹ Garcez, aborda de modo muito elucidativo a questão da determinação da natureza jurídica dos contratos internacionais, julgamos interessante analisarmos seu pensamento, conforme transcrevemos:

*“...O contrato internacional do comércio, mais do que elenco de avenças, é verdadeiro complexo de situações oriundas de metodologia interdisciplinar, de natureza vinculante e, especialmente, de caráter abrangente dos múltiplos planos filosófico, político, econômico e social, além dos substratos jurídicos, que informam essas realidades. Esse motivo é razão suficiente para explanação sumária a respeito do conceito de natureza jurídica”.*⁵²

Com muita propriedade, o autor nos questiona acerca do interesse dessa dilucidação; em razão de que necessidade de índole prática e teórica é indispensável o estudo deste tema tão abstrato. E em resposta a essa indagação, Strenger nos explica que o termo natureza surgiu na filosofia e na teologia para distinguir a essência da existência de alguma coisa. E, acrescenta que, a primeira preocupação quando formos determinar a natureza jurídica do contrato, é a realização de uma qualificação jurídica do pressuposto fático que determina a experiência.⁵³

⁵⁰ ROSSANI, J. M. Garcez. Contratos Internacionais Comerciais. Saraiva. São Paulo, 1995.

⁵¹ *Ib idem.*

⁵² *Op. cit.* p. 61.

⁵³ *Ib. idem.*

Com relação à natureza jurídica dos contratos internacionais de comércio, propriamente dita, o autor esclarece que estes contratos possuem um fator comum a todos os contratos, a negocialidade, portanto, todo seu processo constitutivo compreenderá diversas fases formativas e a finalização definida como a execução de seu objeto, revelando assim um negócio jurídico.

E, no caso específico dos contratos internacionais de comércio, não há como vislumbrar sua natureza jurídica sem antes estabelecer seu centro de gravidade, que é a declaração de vontade e o cumprimento de uma prestação.

Ainda segundo o autor, esses dois elementos categoriais conduzem a uma finalidade, que será o momento decisivo caracterizado pela constituição, ou pelos efeitos do contrato. E, tratando-se de contratos internacionais, deve acrescentar-se ainda o elemento espacial, o qual se constitui no âmbito de aplicação das leis, expressão que pode englobar inclusive a noção temporal.

Por outro lado, o autor finaliza sua excelente explanação, atentando para o fato de que a vontade desempenha nos contratos internacionais, nítida função tipificadora, por isso, o comércio internacional, entendido como “lex mercatoria”, acaba por impor o desaparecimento das formalidades filosóficas, alargando-se, assim, os limites do Direito positivo, de modo a conquistar a produção de efeitos jurídicos, com penetração incontestada.

Portanto, podemos observar do que foi exposto pelo autor que, mais uma vez, convergimos para o fato de que com relação aos contratos internacionais nada é estático e convencional, não há como determinarmos procedimentos específicos para defini-los ou delimitarmos sua natureza jurídica. Conforme o que abordamos até aqui, nos sentimos à vontade para manifestarmos nossa concordância ao pensamento do autor que finaliza sua brilhante explanação ressaltando que no que concerne à estrutura do contrato internacional, sua determinação faz-se em função dos requisitos de existência e do momento em que o concurso

desses requisitos lhe confere relevância negocial, e sua eficácia deriva da conformidade com as exigências extrínsecas, impostas pelo meio comercial, segundo o critério das setorizações.

2.3 - Eficácia

A eficácia dos contratos internacionais está intrinsecamente ligada à tecnicidade dos mesmos, pois eles não dependem de padrões universais. Existem alguns princípios indispensáveis que devem ser considerados para sua realização, mas, não encontraremos no Direito interno subsídios suficientes que nos permita alicerçar a negociação internacional.

Portanto, quando nos referimos à eficácia dos contratos internacionais devemos ter em mente que ela está diretamente relacionada com a escolha adequada do Direito aplicável, o respeito ao método comparativo, exame dos limites da ordem pública, e, principalmente, sua boa estrutura descritiva, com obediência estrita aos pressupostos formativos da relação contratual⁵⁴.

Segundo a doutrina dominante outro elemento que deve ser levado em consideração, é a reciprocidade entre o Estado e as atividades comerciais internacionais, tendo em vista que nos países de economia planificada os dados políticos influenciam o desenvolvimento comercial.

Strenger, nos explica que os juristas têm-se dedicado a conquistar a unidade dos contratos, pela via das regras uniformes, e pelo acolhimento e respeito do princípio da autonomia da vontade, cujo alargamento, torna-se, em nossos dias, uma realidade impositiva, em todos os contratos internacionais.

Observamos que o tema da eficácia contratual, dentro de toda abstração filosófica que envolve os contratos internacionais, é a base concreta que os alicerça, e

acreditamos que sua importância se enfatiza na preocupação de assegurar o bom desempenho das partes contratantes no que diz respeito ao resultado a ser alcançado.

Para Strenger, no plano dos contratos internacionais, deve entender-se por eficácia a força jurídica de execução deduzida da forma e da substância dos ajustes convencionais. A eficácia corresponderia, ao poder de titularidade, do qual se dotariam as partes contratantes, para fazer valer seus direitos territorial ou extraterritorialmente.⁵⁵

⁵⁴ BAPTISTA, Luiz O. Contratos Internacionais **In** Strenger, Irineu, op cit.

⁵⁵ *Ib idem*.

CAPÍTULO III

FORMAÇÃO, EXECUÇÃO E CONCLUSÃO DOS CONTRATOS INTERNACIONAIS DO COMÉRCIO

3.1 – A Formação dos Contratos Internacionais do Comércio

A formação dos contratos internacionais do comércio é considerada a etapa mais significativa do processo de ajuste de vontades devido suas conseqüências jurídicas que geram e pela eficácia vinculativa dos entendimentos.⁵⁶

Strenger nos explica que a formação dos contratos confunde-se com todos os procedimentos preliminares, desde os primeiros contatos, sejam eles uni ou plurilaterais. E, ainda, que devemos observar a importância do princípio da autonomia da vontade, através do qual se consolidam as espécies preliminares, produtoras de vínculos, que podem consistir em obrigações e subordinações.⁵⁷

O autor nos esclarece ainda, que a formação do contrato internacional do comércio envolve todas as fases, a partir das tratativas iniciais, que têm por finalidade a colocação de pressupostos do objeto consensual, com força vinculativa e eficácia jurídica, que prevalece para todos os efeitos posteriores, salvo revogação expressa das partes.

De encontro com o posicionamento exposto acima, o autor salienta que a jurisprudência internacional tem apreciado com rigidez as obrigações e as responsabilidades dos intermediários, havendo decisões que assinalam existir insitivamente, no desempenho do intermediário, o dever do conselho e obrigação de cautela e prudência, para evitar os riscos e perigos das operações que os mesmos favorecem.

⁵⁶ STRENGER, Irineu, op. cit. P.94.

⁵⁷ Ib. idem.

Portanto, a vontade das partes nesta primeira fase é negocial e de extrema importância para o bom desempenho e sucesso das fases seguintes, tendo em vista que o encontro das partes é considerado um mecanismo incorporado à atividade comercial internacional, principalmente porque é o primeiro passo que vai gerar a formação dos contratos e também porque essa aproximação é resultado de crédito de confiança nos diversos meios informativos do comércio.

Entretanto, é preciso ter em mente que o simples convite de negociação, embora não possa ser desconsiderado como iniciativa à negociação, pode ser inofensivo no mundo jurídico, a não ser que seja feito por meio de palavras, que pelo seu conceito possam produzir efeitos de direito.

O que se considera procedimento ideal para a validade da formação dos contratos internacionais é que a proposta poderia tanto envolver a oferta, quanto o convite para negociar, situação em que todo intercâmbio de palavras teria valorização jurídica.

Após o término deste primeiro contato entre as partes, havendo interesse, ocorrerá a negociação, que é procedimento de força vinculativa, à medida que a discussão dos problemas possa concomitantemente gerar compromissos, que potencializem a possibilidade de danos em face da ruptura negocial preliminar.⁵⁸

3.2 – A negociação dos Contratos Internacionais do Comércio

Para discorrermos o assunto acima proposto, é necessário termos bem determinados os conceitos de oferta e negociação, pois, é comum sua confusão no meio do comércio internacional. Segundo a legislação internacional, o que se pode observar é que cada país procura determinar os aspectos que vão nortear tal diferença. Na Itália, leva-se em conta o conteúdo e a vontade das partes para a determinação do início da negociação; já na Inglaterra e Irlanda, considera-se que o autor nas negociações não tem intenção de se obrigar pela simples

aceitação de entrar nas negociações, o que realmente importa, para caracterizar a presença ou não da intenção de negociar é a apreciação objetiva dos fatos e circunstâncias que envolvem a relação comercial das partes.

Para Luiz Olavo Baptista,

“A distinção entre a ‘a oferta firme’, como se diz no comércio, e a ‘oferta de negociação’ está no elemento subjetivo, na intenção que informa a vontade. Reconhecer, por fatores externos, essa intenção é importante do ponto de vista jurídico, embora difícil. Os exemplos clássicos de variação entre a manifestação e a intenção são a oferta *animus jocandi* e a reserva mental, que impedem a oferta de se concretizar” (Dos Contratos Internacionais, São Paulo, Saraiva, 1994, p. 90).

O autor nos alerta entretanto, que o problema da determinação do início das negociações não é de fácil solução, pois em algumas legislações, como as da Bélgica e Luxemburgo, por exemplo, a oferta do *animus jocandi* pode ser considerada como válida, se o destinatário a tomar por séria. Assim o é também, na Holanda onde o critério de diferenciação é a confiança que a manifestação suscitou no destinatário de boa-fé.⁵⁹

A oferta não é obrigatória, no direito brasileiro, segundo os arts. 1079 e 1081, do Código Civil, quando uma das partes se reservar o direito de não se obrigar no caso da outra aceitar; e ainda, quando a oferta for aberta, ou seja, pode ser retirada a qualquer momento. Para Caio Mário, (1976, p.34), “as negociações preliminares não geram por si mesmas e em si mesmas obrigações para qualquer dos participantes. Não criam vínculo jurídico entre eles”.

A doutrina explica que a oferta pode ser direta ou indireta, sendo que a segunda forma depende da interferência de intermediários, como os agentes ou corretores, presença comum em determinados tipos de negócios, bem como as *trading companies*, as quais agem como mediadores para realização do negócio. Além dessas duas formas, a oferta pode

⁵⁸ STRENGER, Irineu, op. cit. p. 103

⁵⁹ Luiz Olavo Baptista, Dos Contratos Internacionais, São Paulo, Saraiva, 1994.

ainda ser revogável ou irrevogável, dependendo de eventual prazo de validade, fixo ou indeterminado.

Por fim, em relação a oferta em si mesma considerada, observamos que apesar do posicionamento de nossa legislação pátria em não admiti-la como válida para caracterização do início de uma negociação, concordamos com Luiz Olavo Baptista, que se esta for precisa, direta, clara, incisiva, contendo os dados necessários para que o comprador, aceitando-a “feche” o contrato, há que se considerar a importância da relação inicial que envolve as partes neste período, levando-se em conta a boa-fé e a intenção em realizar ou não a negociação. Porém, ainda nos socorrendo ao autor acima citado, acreditamos que se por vezes em situações de proximidade e semelhança na legislação a negociação ocorre de forma lenta, oxalá nos negócios de cunho internacional com grandes dimensões sob o aspecto financeiro.

Após a delimitação dos critérios que determinam a existência ou não da oferta em si mesma considerada, passemos para análise da negociação, ou como querem alguns autores, oferta de negociação, que se caracteriza com a comunicação da intenção de venda ou compra da mercadoria e as condições que envolvem tal ato.

A fase inicia-se sem previsão de término porque depende do objeto do contrato, ou seja, das características da mercadoria comerciada, pois conforme sua natureza, qualificação, validade e funcionamento, é que se saberá qual o tempo necessário para que as partes se entendam em relação a todas as questões que irão envolver sua compra. Assim, determinado o objeto e o preço de custo, os contratos devem ser ao menos, esboçados ou minutados, formalizando-se o pedido, que se aceito, transforma-se, automaticamente em contrato.

Mas nem sempre essas negociações ou ofertas de negociação ocorrem com o suporte das medidas acima mencionadas, e o que se observa é que toda a

proteção que o direito poderia oferecer, envolvendo a experiência na solução e prevenção de litígios é esquecida. As partes contam apenas com sua boa-fé recíproca.

Na fase de conclusão da negociação é comum a elaboração de dois tipos de instrumentos contratuais, o pré-contrato e o contrato promessa, o primeiro ocorre no curso de negociações prolongadas, onde a cada termo acordado, transforma-se em minuta a intenção ali determinada. O segundo, ocorrerá quando as partes conhecem o conteúdo econômico da operação que pretendem, mas não querem ou não podem ainda passar o contrato correspondente, portanto, esperam o momento oportuno para fazê-lo.

Há ainda, a possibilidade da reprodução do contrato, que ocorrerá quando as partes concluem o contrato mas remetem para uma situação futura a sua redação. Esta forma é comum em casos que o contrato exige uma forma específica de confecção.

Dentro da fase de negociação do contrato internacional do comércio é de grande importância também, sabermos qual o regime jurídico que será escolhido pelas partes, pois, no decorrer da negociação pode ocorrer um comportamento desleal por uma das partes, o que ensejaria uma falta contratual decorrendo o dever de ressarcimento dos danos acarretados.

Entre os problemas que podem ocorrer, o mais complexo é a ruptura brusca das negociações que gera dificuldades na sua definição e qualificação. O que se pode observar é que os países da comunidade internacional buscam conciliar em seus diferentes ordenamentos jurídicos, a liberdade de contratar com a tutela da confiança depositada por uma das partes.

No direito brasileiro a previsão do art. 9º da LICC, procura respaldar todos os tipos de obrigação. Segundo nossa legislação, a obrigação poderá se constituir no local onde ocorre o ato ou a omissão; no local onde tiveram início as negociações,

ou ainda, onde se deu o rompimento. O que podemos concluir é que em nossa legislação a questão é determinar se há ou não uma obrigação nascida da carta de intenção. Nos países da *commom law*, onde a *proper law* é aplicada, a solução se demonstra mais simples e eficaz, pois, lá se considera que a mesma lei aplicada ao contrato deve determinar se ele existiu, e portanto aplicar-se-ia à fase pré-contratual.

Em decorrência dos problemas acima explicitados na fase pré-contratual, surgiu na praxe do comércio internacional as cartas de intenção, que são documentos que corporificam a oferta dando-lhe forma e consistência. As cartas de intenção tem por objetivo obrigar as partes negociarem seriamente, fixando as diretrizes que seguirão para realizar o negócio, os aspectos relevantes já negociados e que não deveriam mais ser discutidos, recordar pontos já acordados com vistas a uma futura contratação, podem ainda, retratar o exaurimento da fase negocial ou de tratativas, submetendo-a a uma condição suspensiva, qual seja a aprovação por autoridades, por um conselho de administração, ou a obtenção de um financiamento, ou outro evento.

Mais uma vez nos socorremos em Luiz Olavo Baptista que faz excelente análise sobre as cartas de intenção na prática internacional e seus efeitos, o autor menciona que

“Ao se limitarem a registrar o início das negociações, essas cartas de intenção visam também impor às partes a obrigação de boa-fé no curso das tratativas, o que lhes permite, se assim o desejarem, em boa forma interromper o curso das conversações em chegar ao negócio.....

É em Ihering, em seu estudo sobre a ‘culpa i contrahendo, que nasce no direito alemão e provavelmente no suíço o dever de negociar de boa-fé. Daí se terá irradiado a outros países.

Parece-nos não haver dúvidas de que é da redação da carta de intenção que nascem ou podem nascer consequências de ordem jurídica e que estas podem ser mensuráveis. Podemos por isso concluir que as cartas de intenção procuram dar corpo às consequências da doutrina clássica da ‘culpa in contrahendo’. Com efeito, após tal carta de intenção, o rompimento de uma tratativa, especialmente se as partes já tiverem alcançado acordo sobre alguns pontos da negociação, passa a dever ser motivado. Essa motivação, cremos, deverá ser tanto mais séria quanto mais se avançou no processo e na concordância, especialmente se decorrer de pontos já assentados. Além disso, conforme o seu teor, a carta de intenção deve ser entendida

como vedação a negociações paralelas, mesmo que do instrumento não conste a proibição. Esta decorre do dever de boa-fé.”⁶⁰

Portanto, concluímos dos comentários já explicitados, que em relação às cartas de intenção, estas se constituem na mais correta forma que as partes podem se socorrer para garantir uma negociação honesta, bem como, no patamar para a realização futura de um contrato.

3.3 – As cláusulas dos contratos internacionais

Entre os fatores que identificam o contrato como internacional estão as cláusulas contratuais, típicas dos contratos internacionais, elas estão ligadas ao problema da eleição de foro, aos efeitos do tempo, ao risco e moeda que estarão presentes na elaboração dos contratos internacionais. De acordo com a doutrina, as cláusulas de eleição de foro são divididas em cláusulas de eleição de foro propriamente ditas e cláusulas compromissórias. Apesar da divisão, as duas tem como objetivo evitar ou minimizar os conflitos de leis, assegurar a aplicação de determinado direito ao contrato e facilitar a solução das pendências que porventura surjam entre as partes, sob uma abordagem processual.⁶¹

As cláusulas de eleição de foro são muito comuns tanto no direito interno quanto na área internacional, porém, o cuidado na escolha do foro é fundamental pois, a escolha errada poderá ensejar problemas relacionados ao conflito de leis. No momento da escolha, é necessário que o foro eleito pelas partes tenha conexão relevante com o contrato e que a escolha não configure fraude a lei. Em nossa legislação a resistência à aceitação de tal cláusula se dissipou com a Súmula 335, do Supremo Tribunal Federal, entendendo a doutrina que a regra se aplique aos contratos internacionais entre pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, ocorrendo dúvida quanto às pessoas jurídicas de direito público.

⁶⁰ Op. Cit , p. 31.

⁶¹ Ib idem.

Ao observarmos o art.42 de nosso Código Civil, constatamos a permissão às partes em especificar o domicílio onde se exercitem e cumpram os direitos e obrigações deles resultantes; já nos casos em que a Fazenda Pública é envolvida, foi admitida a validade de disposição contratual de indicação de foro pelo Decreto-Lei n. 4.597, de 19 de agosto de 1942, onde se prevê que: “Salvo o caso do foro do contrato, compete, à justiça de cada Estado e à do Distrito Federal, processar e julgar as causas em que for interessado, como autor, réu, assistente ou opoente, respectivamente, o mesmo Estado ou seus Municípios, e o Distrito Federal”.

Baseados nos argumentos do autor anteriormente citado, acreditamos que a competência da justiça federal, estabelecida pela Constituição Federal, art. 109, para julgar as causas em que a “União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas”, não parece ter elidido a possibilidade de recurso a foro arbitral, ou que a emissão de textos mais recentes, a propósito do foro contratual, haja afastado a competência deste.

Em relação às cláusulas compromissórias, podemos observar na doutrina vigente a preocupação em distinguí-las do compromisso, determinando que estas são aplicadas em vista de disputas futuras, são consideradas obrigação de fazer, sem a força do compromisso, que é negócio jurídico de características muito especiais, de caráter irrevogável, onde as partes decidem colocar nas mãos de um árbitro a solução de um litígio pré-existente.

Segundo Clóvis Beviláqua, citado por José Carlos Barbosa Moreira (Temas de direito processual, 2^a ed., Saraiva, 1998, p. 192), “*Muitas vezes as partes incluem, nos seus contratos, uma cláusula, comprometendo-se a submeter as controvérsias que surgirem entre elas à decisão de árbitros. É a cláusula compromissória, que ainda não é o compromisso, mas a obrigação de o celebrar. É o pactum de compromittendo*”.

Entretanto, existem controvérsias nos diversos sistemas jurídicos quanto à autonomia e execução da cláusula compromissória, sendo que enquanto em alguns

países o tema não causa problemas, em outros como no Brasil, atribuem à cláusula compromissória caráter de simples obrigação de fazer, cujo descumprimento, na mais rigorosa das hipóteses, poderá resolver-se em indenização por perdas e danos. O Protocolo de Genebra de 1923, ratificado pelo Brasil em 1932, prevê a aplicação da cláusula como se lei fosse, sendo a mesma excludente de competência nos contratos celebrados entre brasileiros e nacionais dos demais países aderentes a essa Convenção internacional. Além deste Tratado, há também a convenção de Nova York de 1958 e a Convenção de Genebra de 1961, das quais o Brasil não é signatário.

A polêmica existente no Brasil quanto a aplicação da cláusula compromissória, a qual acreditamos ser totalmente ultrapassada, em vista da ratificação do Protocolo de Genebra; persiste tendo em vista a disposição do art. 1074 de nosso Código de Processo Civil que sugere que a cláusula deva ser reiterada ou confirmada pelo chamado compromisso arbitral, através do qual deva ser delineado o objeto do litígio, com sua descrição e menção de valor. A previsão do art. acima mencionado, torna-se inócua frente ao reconhecimento da aplicação da cláusula pelos tribunais brasileiros, incluindo o Supremo Tribunal Federal, conforme pode-se observar nos diversos acordos existentes em nossa jurisprudência.

Após esta breve análise das cláusulas compromissórias e do compromisso arbitral, passamos a estudar algumas das cláusulas mais importantes na negociação dos contratos internacionais. Entre elas estão as cláusulas de estabilização, cláusulas atributivas de jurisdição, cláusulas de força maior, cláusulas de rescisão, “hardship clauses”, “amiable composition”, cláusulas exoneratórias de responsabilidade nos contratos de adesão e cláusulas sobre tributação.

É comum a aplicação das cláusulas de estabilização, pois a instabilidade atual da economia mundial, leva as partes a procurarem prevenir-se contra as mudanças não só da legislação, como das políticas e econômicas. Luiz Olavo Baptista, explica que em algumas situações não é interessante o “congelamento” da situação contratual, sendo que

a cláusula “rebus sic standibus” pode ser invocada, o autor menciona que o interesse da comunidade internacional hoje, não é mais a rigidez absoluta do contrato, mas sim, sua flexibilidade para que a negociação ocorra com equidade.⁶²

Dentro das considerações acima mencionadas acreditamos que o sistema jurídico da *commom law* é a orientação mais correta a ser seguida, porque não prevê a rigidez de outras legislações no que se refere à aplicabilidade do direito em vigor, na época da contratação, pois, é impossível que o contrato fique imune às alterações legais que possam vir a ocorrer no ordenamento jurídico escolhido pelas partes, no decorrer das negociações.

No Brasil, o que prevalece é o domínio das leis anteriores à nova legislação, mas esse posicionamento não é universal, devendo-se analisar o reconhecimento e extensão da nova lei que passará a valer, quando estivermos a frente de uma negociação internacional. Na França, onde o sistema de aplicação do direito interno é semelhante ao nosso, a regra estende-se aos contratos internacionais, o que ocorre nestes casos, é a manutenção do sistema vigente à época da elaboração do contrato, mantendo-se mesmo em relação aos efeitos posteriores.

Na jurisprudência internacional encontramos o caso *État Français x Comité de la Bourse d’Amsterdam*, onde examinou-se aplicação da Lei canadense de 1937, que proibiu a cláusula-ouro, a qual estava presente em contratos de uma empresa francesa realizados no Canadá e na Holanda. A cláusula foi considerada válida, pois, entendeu-se que ainda que o contrato fosse sujeito a uma lei que tinha sido modificada, as suas cláusulas eram obrigatórias para as partes tal como haviam sido criadas.

As cláusulas de estabilização também são muito utilizadas por Estados que desejam privilegiar determinados países, como por exemplo, nos *economics development agreements* e em certos contratos para prospecção de petróleo, como é o caso do acordo Fiat-Minas Gerais, no qual ficou assegurado entre as partes que não se aplicaria a

⁶² BATISTA, Luiz Olavo. Dos Contratos Internacionais - uma visão teórica e prática. Saraiva, São Paulo, 1994.

legislação subsequente no que agravasse a situação do contratante estrangeiro, com relação às incidências fiscais; e do contrato realizado entre o governo de Gana e a Volta Aluminium Company Ltda.; neste último determinou-se que os dispositivos do direito interno daquele país seriam incorporados ao contrato como se cláusulas dele fossem.

Em contrapartida, existem cláusulas que se contrapõem às cláusulas de estabilização, visando a inclusão de vantagens atribuídas legislativamente a terceiros, como é o caso das *most favored company clauses*, ou seja, a cláusula da nação mais favorecida, onde o contratante estrangeiro concede ao Estado contratante vantagens que deu a outros, em contratos do mesmo gênero.

As cláusulas atributivas de jurisdição e lei de regência de contrato são muito importantes, pois, determinam o sistema jurídico escolhido pelas partes bem como, a lei a ser aplicada ao contrato que será realizado. Normalmente, estas cláusulas são redigidas conforme as normas internacionais relativas aos contratos.

As cláusulas de força maior recebem tratamento diverso nos diferentes sistemas jurídicos. Segundo o posicionamento da Câmara de Comércio Internacional a força maior, ou melhor, a cláusula de força maior designaria a idéia de exoneração, libertação de uma obrigação. A Convenção de Viena sobre a Venda Internacional, de 1980, em seu art. 79, também fixa diretrizes que se assemelham à cláusula de força maior, prevendo a imprevisibilidade e a impossibilidade nos contratos.

A doutrina e a jurisprudência tem enumerado uma série de circunstâncias em que poderiam as partes estabelecer quais as situações que poderiam ser definidas como força maior, tais como, cataclismos, conflitos armados, conflitos do trabalho, fato do príncipe, quebras de máquinas e acidentes análogos. No caso da ocorrência de quaisquer dos eventos citados, ressaltando-se a importância das partes determinarem o alcance de tais cláusulas, cabendo às mesmas restringir sua interpretação conforme seus interesses, é necessário a notificação do evento juntamente com a prova de sua ocorrência.

É imprescindível que a cláusula de força maior contenha em sua redação a forma de prova da ocorrência do fato, a sanção, a exoneração da responsabilidade do devedor, a suspensão da execução do contrato ou a extensão de seu termo, a responsabilidade pelas despesas, a obrigação de tentar contornar os efeitos da força maior, seu término e os casos em que caberá rescisão ou renegociação. Em alguns casos prevendo situações em que a notificação não ocorra ou demore a ser realizada, as partes podem também fixar em seus contratos, as cláusulas exoneratórias ou de atribuição de responsabilidade, nas quais, serão determinadas sanções relativas à ausência de notificação, onde tanto contratante quanto o contratado terão suas responsabilidades suspensas, caso sofram com o descumprimento do contrato pela outra parte.

A força maior em alguns casos poderá ensejar a ruptura da obrigação convencionada pelas partes, impedindo definitivamente, a execução do contrato, justificando a ocorrência das cláusulas de rescisão que são muito comuns nos contratos internacionais, seja naqueles por prazo indeterminado, ou ainda em virtude de ocorrência de eventos como insolvência de uma das partes ou o descumprimento por ela das obrigações contratuais.

Entretanto, encontramos na doutrina e jurisprudência, outra cláusula contratual através da qual as partes podem tentar minimizar as consequências do evento imprevisível previsto pela força maior. Segundo os autores, a cláusula “hardship” é filha da autonomia da vontade das partes e do poder criador dos redatores dos contratos. Esta cláusula permite a revisão do contrato caso ocorra qualquer fato que altere o equilíbrio pré-estabelecido anteriormente. Orlando Gomes explica **que “... trata-se de nova técnica para encontrar uma adequada reação à superveniência de fatos que alterem a economia das partes para manter... sob o controle das partes, uma série de controvérsias potenciais e para assegurar a continuação da relação em circunstâncias que segundo os esquemas jurídicos tradicionais, poderiam levar à resolução do contrato”** (Novíssimas questões de direito civil, Saraiva, São Paulo, 1988, p.187).

As cláusulas de *hardship* estão ligadas como concepção econômica às de correção monetária ou indexação, podendo-se até relacioná-las às cláusulas-ouro. Assim é porque todos esses tipos de cláusulas prevêm a modificação das condições do contrato quando se alterem certas circunstâncias externas a ele, dando-lhe um dinamismo e adaptabilidade que lhe permita sobreviver às procelas econômicas, mantendo à tona o equilíbrio estabelecido inicialmente entre as partes.⁶³

Estas cláusulas são muito utilizadas nos contratos de longa duração, tais como os de fornecimento de matéria-prima, obras de execução prolongada, contratos ligados a tecnologias de ponta, entre outros. Caberá às partes a forma de redigí-la da maneira que mais lhes aprouver, tentando sempre, contudo, equacionar o fato ocorrido, prevendo os eventos e suas consequências. De acordo com a maioria dos autores, a consequência que legitima a invocação da *hardship* é o prejuízo das partes, sendo seu maior objetivo a revisão da avença, e, quando não houver esta possibilidade, a rescisão do contrato.

Há ainda para comentarmos, as cláusulas exoneratórias de responsabilidade nos contratos de adesão, que são muito utilizadas nos contratos que se socorrem em formas padronizadas na dinâmica do comércio internacional, tendo em vista a linha veloz dos negócios bancários, de seguros e de importação e exportação. Os contratos padronizados de adesão são adotados em grande proporção nos contratos de massa, como nos formulados no comércio bancário ou no ramo de seguros. Os clientes se submetem às condições gerais mesmo sem conhecê-las em detalhe. Mas, a jurisprudência internacional se divide quanto à aceitação ou não dessas condições.

De acordo com a legislação austríaca, aquele que firma um contrato desse tipo, deve presumidamente, conhecer seu conteúdo. Na jurisprudência francesa as condições gerais são aceitas, desde que a parte contratante tenha conhecimento das mesmas. Na Alemanha o uso das condições gerais contratuais não deve refletir os poderes ilegítimos do

⁶³ Idem.

monopólio. O direito brasileiro não admite a generalização das cláusulas excludentes de responsabilidade, somente admitindo-as em casos especiais.

Dentro da temática dos contratos de adesão, podemos comentar a existência dos *incoterms*, os *International Rules for Interpretation of Trade Terms*, que nada mais são que cláusulas padronizadas, cujas definições podem ser confiáveis porque são universalmente aceitas, elas contém fórmulas mercantis sintéticas com aplicação às cláusulas que regem a entrega e o transporte de mercadorias. Sua aplicação é imprescindível na transferência de obrigação entre as partes, quando o vendedor é considerado legalmente isento de responsabilidade sobre a mercadoria entregue ao comprador, tendo o direito a receber o pagamento convencionado.

Importante ressaltar ainda, a existência das cláusulas sobre tributação, pois, no planejamento e execução dos contratos internacionais existe uma série de problemas potencialmente relevantes quanto a esse tema, cabendo às partes prever regras que possam permitir o seu equacionamento. Um desses detalhes diz respeito aos aspectos da dupla tributação entre Estados, fator que causa dificuldades para o acordo entre os contratantes, pois a dissimilaridade dos critérios empregados pelos diversos países, traz problemas para a determinação da figura do contribuinte.

Por isso acreditamos que as partes deveriam discernir previamente, quais os efeitos previsíveis da aplicação das legislações fiscais internas dos países, para fins de planejamento e definição da estrutura e da economia dos contratos. No Brasil, é adotado o regime da localização da fonte pagadora. Garcez, nos explica que desta forma, incide o imposto de renda na fonte sobre tais remessas, bastando para isto que a fonte pagadora esteja no Brasil, pouco importando onde tenha sido firmado o contrato ou tenham sido os serviços prestados. No entanto, ainda segundo o autor, não sofrerão desconto do imposto de renda na fonte as comissões pagas por exportadores a seus agentes no exterior, desde que observem as condições, as formas e os prazos estabelecidos pelo Ministro da Fazenda, assim como não se sujeitarão ao imposto de renda na fonte os juros de desconto, no exterior, de cambiais de

exportação e as comissões relativos a créditos obtidos no exterior e destinados ao financiamento de exportações. (São Paulo, Saraiva, 1994, p.133.)

No âmbito do Direito Internacional, desde o final do século XIX começaram a aparecer as primeiras convenções fiscais internacionais com a finalidade de eliminar os efeitos da bitributação e instituir um sistema de assistência entre os Estados signatários, com a finalidade de atingir a equidade fiscal e a neutralidade econômica. Mas, as convenções para evitar a dupla tributação são ligadas aos impostos pessoais, como o imposto de renda e sobre lucros distribuíveis pelas pessoas jurídicas. Sua aplicação é feita pelas jurisdições nacionais, administrativas e judiciárias quando a matéria exija a análise dos tribunais.

Além das cláusulas sobre tributação, temos também as cláusulas com implicações financeiras, que possuem grande importância na prática dos contratos internacionais de comércio, pois, restringem e limitam a liberdade dos contratantes por terem a finalidade assegurar às partes a certeza do preço e do pagamento. Tendo em vista que o objetivo maior desta cláusula é a estabilidade do preço e sua forma de pagamento, a preocupação das partes em manter a moeda escolhida estável, torna-se a grande preocupação das mesmas, e, por isso, o tratamento jurídico da moeda, ou seja, a economia que será fonte de pagamento do negócio acaba limitando as opções dos negociantes, que se verão obrigados a escolher apenas as moedas conhecidas como fortes na economia internacional.

Luiz Olavo Baptista nos explica a importância de distinguirmos claramente alguns conceitos de moeda antes de considerarmos a análise dos contratos com implicações financeiras. O autor ressalta que:

“...a moeda tem essencialmente duas funções: de um lado, ela é uma unidade de conta para medir as dívidas, as obrigações, os valores econômicos em geral, sendo por isso, de outra parte, simultaneamente, um meio de liberação ou pagamento das dívidas, ou seja, um instrumento de pagamento. Nos contratos que se encerram no seio de um Estado, chamados contratos internos, as duas funções geralmente se reúnem numa

só moeda, enquanto nos contratos internacionais, freqüentemente, a moeda de conta e a de pagamento são diferentes.

A primeira é a moeda na qual a obrigação é medida, e determina o montante devido pelo devedor; a segunda é a moeda em que o pagamento concreto se efetua, e constitui o modo de execução da dívida. A distinção entre uma e outra moeda acarreta certas conseqüências em direito internacional privado, especialmente a possibilidade de aplicação de uma lei diferente para cada uma delas.a moeda de conta mede o montante da dívida objeto do contrato e estabelecida pelas próprias partes; daí decorre que a sua determinação é uma questão de interpretação contratual, sujeita dessarte, à lex contractus, o que não quer dizer obrigatoriamente que a moeda seja a do país cuja lei será aplicável ao contrato, pois esta pode designar ou autorizar a moeda de outro país.

Quanto à moeda de pagamento,....vinculada ao modo de cumprimento da obrigação, e não ao seu conteúdo ou montante. Por isso, sujeita-se à lei do local do pagamento, e não obrigatoriamente à que rege o contrato.

Essa dualidade de leis aplicáveis e a diferença entre as duas moedas, de conta e de pagamento, não escondem o fato de que para as partes importa mais a primeira que a segunda, pois é a que melhor reflete a realidade do negócio e o momento de equilíbrio de que resultou o contrato.”(Baptista, 1994, p.159).

Se num contrato as partes não estipularem qual seria a moeda escolhida para pagamento, a jurisprudência internacional⁶⁴ já se consolidou no sentido de determinar a lei do lugar do pagamento que determinará a moeda de conta. Quando esse lugar também não foi estabelecido, podemos supor que a intenção comum das partes, onde imperar a regra da autonomia da vontade, mas, alguns doutrinadores acreditam que melhor seria se estipulasse que a obrigação foi determinada no local da celebração do contrato.

As cláusulas de indexação, são cláusulas de natureza financeira, normalmente aceitas pelos Estados, mas poucos foram os que assimilaram a indexação em seu direito interno, um deles é o Brasil. Entretanto, elas são muito utilizadas nos contratos internacionais de longa duração, mas isto não garante segurança para os contratantes, pois, qualquer mudança de política monetária para que o contrato possa vir a ser manchado pela nulidade da disposição indexadora no direito interno. A determinação da lei aplicável passa a ser vital para as partes, porque dela dependerá o desenvolvimento do contrato na atual realidade

⁶⁴ Cf. a sentença arbitral publicada na Pasicrisie Belge, 1964, III, 82, de 16-4-1964 In Baptista, op cit., p. 41.

econômica. E a jurisprudência internacional adotou a *lex contractus* para regê-las, baseando-se não na finalidade da legislação financeira editada e que afetaria a validade da cláusula, mas sim numa postura de análise abstrata da mesma. Consequentemente ao invés de afastar a aplicação da regra de conflito como lei de polícia, essa lei, se aplicável pelas regras de conflito, anula ou não a cláusula.

Para finalizarmos este breve estudo sobre as cláusulas dos contratos internacionais, comentaremos a existência das famosas “cláusulas – ouro”, as quais são denominadas como o acordo existente entre os contratantes, onde o devedor se compromete a pagar moedas de ouro ou um valor correspondente a certa quantidade de ouro⁶⁵. As cláusulas-ouro podem ser dos mais variados tipos e, por isso, causam inúmeros problemas operacionais a sua aplicação.

No Brasil, admite-se a cláusula da moeda estrangeira, ou cláusula-ouro somente para os contratos internacionais – exportação e importação, seu financiamento, na prestação de garantias às operações de exportação, nos contratos de compra e venda de câmbio, nos empréstimos e em quaisquer outras obrigações cujo credor ou devedor seja pessoa residente e domiciliada no exterior. No âmbito internacional a regulamentação da cláusula, tanto na jurisprudência quanto na doutrina, é desordenada em decorrência da desordem monetária e a desvalorização das moedas.

Portanto, concluímos que a existência das cláusulas criaram uma regulamentação própria a que os contratos internacionais devem ser submetidos, originada nos usos e costumes do comércio internacional, tendo como objetivo principal garantir às partes uma negociação equilibrada e justa, buscando atender as necessidades legítimas das partes e a vontade do legislador.

3.4 – Princípios Gerais do Conflito de Leis e os Contratos Internacionais

⁶⁵ Nussbaum, La clause-or dans les contrats internationaux, p. 559 **In** Luiz Olavo Baptista, Dos Contratos Internacionais, Saraiva, São Paulo, 1994, p. 171.

Os princípios gerais são postulados de caráter genérico que criam um elo entre as partes contratantes, São definidores da natureza jurídica de outros institutos jurídicos, possibilitando enquadramento destes à alguma categoria do direito. Por isso, é impossível delimitar sua extensão e alcance, cabendo às partes visualizar e interpretar o conteúdo de seu contrato para saberem se estão ou não contrariando um princípio geral. Os Estados poderão, de acordo com seu ordenamento interno, estabelecer, por exemplo, se determinada conduta contraria sua ordem pública interna. Em relação aos contratos internacionais, os princípios gerais norteadores dos conflitos de leis são a Ordem Pública, a Boa-fé e a Autonomia da Vontade.

De acordo com o princípio da boa-fé existe o dever de lealdade entre as partes e a obrigação de negociação, ou seja, desde que ocorra uma oferta, a outra parte, a partir do momento que se compromete em iniciar a negociação, deverá assumir a posição de interesse em que o negócio se efetive. Há também, ainda segundo este princípio, o dever das partes em informar caso seja necessário, sobre qualquer restrição legal imposta pelo seu Estado relativa à execução do contrato; caso uma das partes se omitir em função dessas restrições, a outra poderá requerer o cancelamento da negociação ou do contrato, quando este já tiver sido realizado, situação que permitiria um pedido de indenização. Todas essas implicações deverão estar previstas nos contratos, que também conterão a previsão de sanções para eventuais desobediências às obrigações impostas às partes.

A ordem pública, segundo Irineu Strenger, “...não é determinável por meio de elencos, e nem é possível adotar métodos analógicos e critérios aproximativos, pois cada Estado estabelece sua ordem pública, e os tratados internacionais, porventura existentes, não têm força jurídica, a não ser em virtude da adesão dos Estados.” (Contratos Internacionais do Comércio, RT, 1986).

Entendemos que a ordem pública é o conjunto de valores que embasam o ordenamento jurídico, conjunto de valores que alicerçam a sociedade. A dificuldade

em determinar seu conceito termina com a aplicabilidade prática do contrato, pois sua verificação se faz através do costume de cada Estado. A ordem pública tem um aspecto valorativo que engloba as normas de direito interno de cada Estado, e, é caracterizada pela inderrogabilidade, sendo que as partes contratantes não poderão deixar de observar a previsão da ordem pública do Estado que escolherem para a realização de seu contrato.

A ordem pública se divide em interna e externa, sendo a primeira relativa aos princípios de base, ao código moral e ético estabelecido e respeitado num sistema jurídico particular; já a segunda, refere-se às normas legais imperativas, que não podem ser evitadas pelo acordo das partes. Por ser estatal seu conceito poderá variar de Estado para Estado. Acreditamos que em relação aos contratos internacionais sua função se constitui em excepcionar a aplicação de direito estrangeiro, impondo limites no âmbito internacional, sendo que quanto maior a amplitude do regime interno, maior a possibilidade de aplicação da autonomia da vontade, por isso é necessária a limitação da ordem pública.

Em relação à autonomia da vontade ressaltamos que por ser assunto de amplo estudo em capítulo posterior, discorreremos brevemente as noções introdutórias, necessárias para o entendimento do item acima exposto. O princípio da autonomia da vontade surgiu no final do século XIV, quando surgiu a pretensão da existência de um princípio segundo o qual nas relações contratuais conectadas a mais de um sistema jurídico, poderiam as partes determinar a lei aplicável àquela relação jurídica, independente do que determinavam as regras de conexão do foro onde a questão poderia vir ser julgada. Portanto, de acordo com este princípio, as partes podem escolher o conteúdo de sua relação jurídica, quando duas ou mais leis forem passíveis de aplicação em um contrato.

A autonomia da vontade se manifesta de várias formas e sob diversos aspectos no contrato, sendo que essas formas recebem a denominação de critérios de conexão, que ocorrem e são previstos levando-se em consideração a capacidade das partes, o conteúdo e a forma dos contratos. Com a evolução do conceito de autonomia da vontade, chegou-se à criação de um instituto internacional denominado “proper law”, segundo o qual,

desde que nenhuma lei expressa tenha sido registrada no contrato, a lei mais apta a reger o contrato, será aquela que as partes indubitavelmente teriam considerado como tal, devendo reger suas relações contratuais, se a questão lhes tivesse sido colocada, logo após a conclusão do contrato. Este critério é adotado no sistema jurídico da “commom law”.

Existe também, o critério do “depeçage”, onde se enfatiza que um contrato internacional poderá ter algumas de suas obrigações regidas por leis diferentes das que forma escolhidas para reger o contrato como um todo, ou seja, vislumbra-se aqui, a possibilidade de aplicação de mais de um sistema jurídico para regência de um contrato. São os contratos chamados, pelos franceses de “plurilocalisés”.

Apenas a título de comparação e para proporcionar um maior entendimento, no âmbito do direito internacional privado, ressaltamos o posicionamento de dois sistemas jurídicos quanto à previsão do princípio da autonomia da vontade. No direito francês a autonomia da vontade não é absoluta, sendo imposto as partes limites para escolher a lei aplicável aos contratos, dentro de um leque de leis que tenham conexão com o contrato. No direito alemão, estabelece a vinculação ativa da lei ao contrato, delegando às partes o poder de estabelecer tal vínculo através da manifestação de sua vontade, a fim de que seja determinada a lei aplicável ao mesmo, transformando a própria vontade no elo entre o contrato e a lei.

No direito internacional privado brasileiro, não se pode afirmar a existência da autonomia da vontade para indicação de norma aplicável aos contratos, cabendo às partes unicamente o exercício da liberdade contratual na esfera das disposições supletivas da lei aplicável, por determinação da “lex loci celebrationis”. Nossa doutrina se divide quanto à existência ou melhor, aceitação da autonomia da vontade. Alguns autores, como Haroldo Valladão, afirmam ter sido o princípio da autonomia uma constante no direito brasileiro, apesar de não existir menção expressa no art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil. Já outros, como Amílcar de Castro, posicionam-se contrariamente, afirmando que não cabe às partes escolher ou fazer o direito a ser aplicado em sua relação jurídica.

Entre os diversos posicionamentos, encontramos o de João Grandino Rodas, o qual já mencionamos neste trabalho, explicando que autor sustenta que é difícil afirmar a existência ou aceitação da autonomia da vontade pelo nosso ordenamento, tendo em vista a previsão do art. 9º da Lei de Introdução, mas, no Projeto de Lei 4905/95, o autor consagrou o princípio como norma geral para reger as obrigações contratuais conectadas a mais de um Estado. O que, de acordo com nosso entendimento, demonstra a evolução ocorrida quanto ao critério a ser adotado na forma e conteúdo dos contratos internacionais.

3.5 – Regras de conexão e os Contratos Internacionais

Para iniciarmos a análise sobre os elementos de conexão dos contratos internacionais, nos apoiaremos no posicionamento e explicação de Grandino Rodas, que com a melhor didática bem definiu e explicou a importância para o direito internacional privado das regras de conexão.⁶⁶

O autor inicia sua lição nos explicando que ao nos depararmos com uma norma de direito internacional privado, independentemente de sua origem, seja constante de lei ou oriunda de tratado, nos questionaremos sobre qual seria o direito a ser aplicado, e como manter o vínculo entre a norma estrangeira e o direito interno. Portanto, daí se origina o conceito das regras ou elementos de conexão, que nada mais são que o vínculo entre a norma estrangeira e o direito interno, será através dele que poderemos entender qual direito deve ser seguido para relação jurídica contratual.

O autor comenta que a aplicabilidade das leis, quanto às relações jurídicas que se apresentem, depende de expressão legal que permita estabelecer os diversos pontos de contato com mais de uma legislação; são as regras do direito internacional privado que resolvem em todos os casos a lei que deve ser aplicada. E, continua, ressaltando, que o atual direito internacional privado caracteriza-se pelo procedimento indireto de regular as relações que

⁶⁶ Rodas, João G. Contratos Internacionais. RT, São Paulo, 1995.

constituem objeto de suas normas, por isso suas relações com elementos extraterritoriais podem ser reguladas por meio de diferentes critérios.

Entre os critérios determinadores dos elementos de conexão podemos observar os do estatuto pessoal, os elementos reais, os elementos volitivos, os elementos formais ou relativos aos atos jurídicos, elementos religiosos, os de determinação temporal e os elementos delituais. Iniciaremos nossa explanação com os critérios que mais se utiliza em nosso ordenamento jurídico, que são deduzidos, segundo nossa doutrina, a partir de importantes momentos da vida de um contrato: o da sua formação ou celebração e o da sua execução, ambos vinculados ao lugar em que ocorrem, utilizando-se também o domicílio e a nacionalidade das partes.

Portanto, quanto aos elementos formais ou relativos aos atos jurídicos, os quais podem determinar obediência à lei do lugar de sua celebração ou à lei do lugar de sua execução, ou ainda, o lugar de sua constituição. No Brasil prevalece o lugar de formação ou conclusão do contrato (*lex loci contractus*), como critério mais popular para aplicação da lei à obrigação assumida pelas partes. A importância deste critério ou elemento de conexão reside no fato de que atualmente inúmeros contratos se fazem entre ausentes, por via dos meios de comunicação que hoje nos proporcionam a agilidade que o comércio internacional exige, o que acaba tornando difícil a determinação do momento da celebração do contrato e o local de sua ocorrência, conseqüentemente, a doutrina e a jurisprudência determinaram a preponderância da *lex fori* para resolver a questão.

Mas, Luiz Olavo Baptista, observa que este critério é muitas vezes de difícil determinação, exemplificando o caso de um negócio fechado por banqueiros ou grandes empresários a bordo de um avião da SAS, que é uma empresa de caráter plurinacional, na estratosfera e sobre alto-mar; portanto, podemos concluir que em casos como este acima, o lugar de formação ou conclusão do contrato não teriam nenhum papel a desempenhar na

localização do contrato.⁶⁷ Na opinião do autor, é necessário que outros elementos venham a ocorrer, simultaneamente, para que a *lex loci conclusionis* possa operar.

A Lei de Introdução ao Código Civil, em seu art. 9º, determina que “*para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem*”, portanto, podemos detectar aqui, o lugar da conclusão como elemento de conexão para determinar a lei aplicável. Este artigo abrange a qualificação do ato jurídico, a sua forma e substância que envolvem a constituição e os efeitos da obrigação. Mas, podemos entender que o princípio do *locus regit actum*, não impera de forma coercitiva, pois, o local da celebração é livre, portanto cabe às partes utilizarem-se de sua autonomia para a escolha do local da realização do contrato.

Em relação ao lugar da execução, ou *lex loci executionis*, foi previsto pelo art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil, para reger as questões relativas à forma do contrato. Este elemento de conexão suscita certa polêmica na doutrina no sentido de que alguns autores acreditam que a *lex loci conclusionis* e a *lex loci executinis* teriam o mesmo valor no que se refere a jurisprudência dos diversos países que utilizam eses elementos. Mas, o que prevalece é o posicionamento no sentido que o local da execução deve imperar, pois é útil em razão da maior importância dada à execução do contrato, sustentando-se ainda, que o local de execução de um contrato nunca será escolhido acidentalmente, porque neste momento o que impera para a escolha é a vontade das partes.

Entretanto, mesmo com grande predominância na doutrina e jurisprudência internacional, este elemento sofre críticas relacionadas à possibilidade de existir mais de um lugar para execução do contrato, ou ainda, nos casos de contratos sinalagmáticos, em que cada obrigação se cumpre num país diferente. Uma das soluções encontradas pelos diversos ordenamentos jurídicos, foi a aplicação do instituto do *depeçage*, para os sistemas jurídicos que o admitem. Há ainda a previsão de escolha do local para a obrigação principal, sem levar-se em consideração as obrigações secundárias.

⁶⁷ Op. cit. p. 45.

Em relação aos critérios determinadores do estatuto pessoal, temos os elementos de conexão que dizem respeito à situação da pessoa, abrangendo seus direitos e os sistemas de tutela jurídica, os quais se relacionam à nacionalidade e o domicílio dos contratantes. A nacionalidade é considerada elemento de conexão muito importante, porque estabelece toda relação possível de determinado fato a um sistema estrangeiro. Apesar disso, segundo Amílcar de Castro, não é muito apreciada pela doutrina, pois os autores nem sempre distinguem a nacionalidade atributiva de direitos e obrigações, regulada pelo direito constitucional, e a nacionalidade como circunstância de conexão, tomada em consideração pelo direito internacional privado, e sem essa distinção não há como esclarecer o tema. O autor explica que o direito internacional privado não tem que definir as condições de aquisição, perda ou mudança de nacionalidade, nem os direitos e obrigações dela decorrentes e sim apenas tê-las como elemento de referência para indicar o direito adequado à sua apreciação.⁶⁸

Citando Machado Villela, Grandino Rodas, nos ensina que a teoria da nacionalidade tem dupla importância no campo do direito internacional privado, porque ensina a reconhecer quem é nacional e quem não o é, e assim habilita, por um lado, a determinar a condição jurídica dos indivíduos que se encontram em um determinado país ou que aí têm interesses. E ainda, permite fixar a lei pessoal dos indivíduos, para efeito de indicar o direito aplicável; normalmente a nacionalidade pode ser adquirida pelo nascimento, naturalização ou casamento. A nacionalidade adquirida através do nascimento poderá relacionar-se com o sangue *jus sanguinis*, segundo o qual a nacionalidade do filho corresponderá à nacionalidade dos pais, também chamada de originária, ou com o solo, *jus soli*, conhecida como derivada ou secundária, onde a nacionalidade se vinculará ao país em que a pessoa nasce. E, ainda existe a possibilidade de se combinar os dois sistemas, como ocorre na França e também no Brasil, quando o *jus sanguinis* é praticamente a única forma adotada para determinar a nacionalidade, excepcionando-se sua regra somente quando ocorrer o caso de filho de estrangeiro nascido no país, adquirir a qualidade de cidadão brasileiro mediante opção quando atingir a maioridade.

Ainda dentro dos critérios determinadores do estatuto pessoal, encontramos o domicílio como elemento de conexão mais utilizado hoje para determinação do direito a ser aplicado. O domicílio se divide em legal, administrativo e particular; sendo que o primeiro é o domicílio dos capazes ou incapazes, considerando-se que os dependentes menores seguem o domicílio de seus pais, portanto, o domicílio legal é aquele que resulta de determinação legal, independentemente da vontade do indivíduo, podendo ser dividido em originário, quando adquirido ao nascer, e legal, quando presumido por lei.

O domicílio chamado administrativo, é aquele que relaciona-se com a função do cidadão, vinculando as relações de fato aos sistemas jurídicos, através de uma residência provisória, em determinado país, como é o caso, por exemplo de funcionários das embaixadas brasileiras em outros países. No caso do domicílio particular, a vontade do cidadão é o que determinará sua nacionalidade, pois, o cidadão escolhe o local onde deseja residir com ânimo definitivo.

Existe na doutrina a discussão relacionada a qual elemento de conexão seria melhor aplicado como critério determinador da lei que deve reger o estatuto pessoal, o da nacionalidade ou do domicílio. O que podemos aferir na doutrina estudada é que o posicionamento de Amílcar de Castro é o que melhor explica a polêmica suscitada, segundo o autor, a comunidade internacional está dividida em dois critérios, um puramente político (nacionalidade) e outro político-geográfico (domicílio), sendo que pela nacionalidade o indivíduo passa a ser parte integrante do povo de um Estado; e pelo domicílio, o indivíduo faz parte não do povo, mas sim, da população de um estado, por isso, quando estrangeiro passa a ter direitos e obrigações relacionados a ordem pública, diferentes das obrigações que teria se fosse nacional daquele Estado.⁶⁹

Os elementos reais são aqueles relativos aos bens materiais do indivíduo, podendo referir-se ao direito de propriedade, aos bens móveis e imóveis. Os bens se

⁶⁸ In João Grandino Rodas, op. cit. 49.

⁶⁹ In João Grandino Rodas, op. cit, p. 45.

regerão pela *lex rei sitae*, ou seja, o lugar da situação da coisa, estendendo-se sua aplicação aos direitos reais, ao direito de propriedade e a seus desmembramentos. Este princípio visa assegurar ao indivíduo assegurar o uso e gozo dos bens que desfruta e também permitir a determinação de um valor para esses bens, de maneira que seja possível organizar a circulação de negócios jurídicos.

Quanto aos bens móveis o princípio que prevalecerá é o *mobilia sequuntur personam*, segundo o qual o móveis seguem a pessoa, na caso seu proprietário, conforme o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 8º de nossa Lei de Introdução, ressaltando-se que em alguns casos, o elemento real poderá em alguma circunstâncias, transformar-se em elemento pessoal, pois, as pessoas poderão transportar seus bens móveis.

Por fim, temos os elementos de conexão chamados volitivos, que recebem essa denominação por serem resultado da escolha das partes. Este elemento é demasiadamente polêmico no direito internacional privado, como todo assunto que envolve a temática da autonomia da vontade das partes. Atualmente, nossa legislação não prevê abertamente sua aplicação, mas deixa lacunas que permitem que as partes consigam adequar sua vontade às regras legislativas vigentes.

A lacuna deixada pela lei permite a possibilidade de se estabelecer a eleição do foro, quando, na relação contratual, haja o lugar para se dirimir a dúvida, desde que esta escolha não esteja ferindo leis imperativas. Estas leis limitam e condicionam o domínio da autonomia, apesar de não existir possibilidade de se apresentar um critério que permita traçar uma linha demarcatória entre os domínios respectivos da autonomia e da lei imperativa.

A aplicação do elemento volitivo é determinada pela noção de ordem pública e pelas leis imperativas, o que significa que as partes apenas têm liberdade de escolher a legislação à qual querem submeter sua convenção, caso respeitem a ordem pública do ordenamento jurídico interno; o importante é estabelecer os limites dentro dos quais a autonomia

da vontade se manifestará. E, para sabermos quais seriam esses limites, a doutrina internacional determina que é preciso adotar um critério metódico que deve avaliar o direito internacional privado como um ramo do direito privado ou público. Segundo o posicionamento dominante, consiste o direito internacional privado numa disciplina jurídica que visa resolver conflitos de leis, e a autonomia da vontade aparece neste contexto para selecionar nas ordens jurídicas existentes a lei aplicável a uma determinada relação de direito, sendo seu objetivo essencial o exercício da vontade individual.

É importante ressaltarmos que os contratos são considerados pela doutrina como a área de dominação da liberdade das convenções, dentro de alguns limites anteriormente comentados, mas abrangidos pelas disposições facultativas que deixam à vontade dos particulares a regulamentação contratual de seus interesses, devendo a manifestação de vontade ser feita até o momento de ser redigido o ato. Portanto, conforme verificaremos em capítulo específico neste trabalho, o elemento volitivo de conexão em direito internacional privado, se constitui no exercício da autonomia da vontade das partes, que é a faculdade concedida aos contratantes de estabelecer de acordo com sua intenção a escolha e determinação de uma lei aplicável a certas relações jurídicas, tendo sempre em consideração a ordem pública interna do ordenamento jurídico escolhido, bem como, suas leis imperativas.

Temos ainda para comentar, os elementos de conexão chamados religiosos, comuns em certos países que preservam seitas religiosas como força jurídica para regular a vida social de seus membros, impondo aos seus cidadãos o direito eclesiástico pela jurisdição civil. Há ainda, os elementos de determinação temporal, que se referem a acontecimentos que podem variar no tempo, como por exemplo, caso relacionado à mudança de fronteira, onde imóveis situados e submetidos à legislação de determinado país passam para domínio de outro. Temos ainda, os elementos delituais, que são todas as circunstâncias que envolvem as obrigações extracontratuais, que possuem regime jurídico próprio, envolvendo a responsabilidade das obrigações, a qual se circunscreve aos diversos sistemas jurídicos, impossibilitando a limitação do direito internacional privado.

Enfim, acreditamos que é impossível estudarmos contratos internacionais sem antes bem especificarmos seus elementos de conexão, pois os mesmos constituem matéria de interesse específico do direito dos contratos, impedindo o seu desconhecimento, a aplicação de regras internacionais adequadas às obrigações contratuais.

CAPÍTULO IV

A AUTONOMIA DA VONTADE E OS CONTRATOS INTERNACIONAIS DO COMÉRCIO

4.1 - A autonomia da vontade e os contratos internacionais

A autonomia da vontade surgiu no século XVI, com Charles Dumoulin que emitiu um parecer no caso “Èpoux de Gannay”. O caso versava a respeito de saber-se se a comunidade estabelecida pelo costume de Paris entre os cônjuges casados sem contrato, se estenderia aos bens situados dentro da jurisdição de uma lei que organizava um regime diferente. Dumoulin solucionou o caso determinando que o regime a ser aplicado seria aquele tacitamente ou implicitamente desejado pelas partes, sendo a estes atribuído o mesmo efeito do contrato expresso.

Segundo Dumoulin, o costume num contrato não intervém como lei pública, mas como lei privada e desejada pelas partes, não devendo, por isso, estar submetido à regra estrita de territorialidade.⁷⁰

Os estudiosos desse tema sustentam que Dumoulin procurou um caminho transversal para atingir seu objetivo, ou seja, subtrair a comunidade legal dos efeitos dos estatutos reais. Pois, segundo ele, a comunidade legal é a consequência de uma convenção tácita entre aqueles que se casam. Os cônjuges querem conformar-se à comunidade legal, porque eles não concluíram um contrato de casamento. A comunidade legal, provém assim de um contrato tácito e um contrato é regido sempre por uma só e mesma lei, aquela do lugar em que os bens se acham situados.⁷¹

Para Dumoulin, o regime matrimonial não emana do costume, mas da livre vontade dos cônjuges, sendo a mesma, a única regulamentação jurídica do objeto de sua

⁷⁰ In Irineu Strenger. A autonomia da vontade em direito internacional privado. São Paulo: RT, 1.968.

⁷¹ Ib. idem.

convenção, por isso, deve ser única, seja qual for a situação dos bens patrimoniais. E, ainda, segundo este autor, se os cônjuges não tivessem manifestado sua intenção a propósito do costume ao qual gostariam de se sujeitar, entender-se-ia, o costume do domicílio matrimonial, por esta ser a escolha presumida para a execução de suas obrigações recíprocas.

Assim nasceu a idéia de que a vontade das partes contratantes, sendo a lei do contrato, estas teriam o poder de determinar elas mesmas a lei que deve reger a validade dos efeitos, e que, quando os cônjuges deixam de fazê-lo, a escolha em termos expressos, esta última resultará de sua vontade presumida, regida essa vontade pelas regras do direito interno.

4.2- Doutrinas Históricas e Direito Comparado

Após a obra de Dumoulin encontramos as escolas estatutárias que sucederam-no no estudo da autonomia da vontade.

Entre os estatutários, que pouca coisa realizaram além do que já havia sido exposto por Dumoulin, encontramos Bertrand d'Argentré, considerado grande opositor de seu predecessor, pois, apesar de concordar com o princípio de que todos os costumes são territoriais e que as exceções são relativas à pessoa a quem atribui benefício da extraterritorialidade; discordava da personalidade, distinguindo as leis de capacidade geral, que declara pessoais, e, as de capacidade particular que para ele são sempre reais. D'Argentré sustentava a existência de uma convenção tácita, em face da falta de estipulação, mas, entretanto, discorda de que possam as partes fugir aos imperativos da realidade costumeira, à qual se fixou com a ausência de pacto prévio, como acreditava Dumoulin.

Posteriormente à d'Argentré, surgem os estatutários holandeses que sustentaram um absolutismo territorialista, contrariando uma corrente progressista que defendia o

desenvolvimento das relações internacionais, defendendo o “comitas gentium”, gentileza internacional, que preconizava a aplicação do direito estrangeiro como cortesia entre os países.⁷²

Por fim, num segundo período da escola francesa, destaca-se, entre outros, Boullenois, que seguindo a tese de Dumoulin, falava que uma estipulação contratual deve ser seguida. Entretanto, notava que a regra usual utilizada pela jurisprudência era a do lugar de conclusão do contrato. Este autor, adotou alguns critérios pessoais, excluindo do domínio da autonomia da vontade tudo aquilo que concerne à prova e autenticidade do contrato.⁷³

Strenger, ao comentar o período estatutário francês, fundamentado no posicionamento de Marcel Cabel, nos assegura de que grande parte da jurisprudência e doutrina, se refere cegamente a Dumoulin para proclamar que o regime legal dos cônjuges casados sem contrato é a exaltação da autonomia da vontade.⁷⁴

Quando estudamos as primeiras teorias de Direito internacional privado, a respeito de contratos, é indispensável a análise de autores como Savigny, Jitta, Henry de Batiffol entre outros.

Savigny sustentava que a relação jurídica deveria ser analisada na sua origem, conteúdo e natureza, conforme a natureza da relação jurídica, seria aplicada a lei adequada, que tanto poderia ser interna ou externa.

Segundo Nádja Araújo, este autor evita a utilização da palavra autonomia, para determinar a lei aplicável ao contrato, expõe a teoria da jurisdição especial da obrigação, que constitui a base para a determinação do direito local aplicável. Para Savigny, a sede da relação jurídica contratual é o local onde a obrigação deve ser cumprida, e depois, determina-se, no mesmo momento, o direito local aplicável à obrigação.⁷⁵

⁷² Op. cit. p. 18.

⁷³ ARAÚJO, Nádja. Contratos Internacionais. Rio de Janeiro: Renovar, 1.997.

⁷⁴ Irineu Strenger, op. cit. p. 18.

Strenger, nos explica que na obra de Savigny podemos encontrar dois postulados fundamentais de suas teorias, o primeiro enunciado pela idéia de que a lei que deve reger a relação jurídica é aquela mais conforme à natureza dessa relação jurídica, seja a lei nacional ou estrangeira. O segundo postulado mostra que cada relação ocupa um lugar no espaço onde ela atua de maneira predominante, sustentando que, a lei conforme à natureza da relação jurídica é determinada pela sede dessa relação.⁷⁶

Complementando seu posicionamento Strenger se fundamenta nos comentários de Marcel Calem, acerca da doutrina de Savigny, o qual soube especificar de maneira especial seus ensinamentos, e, portanto, acreditamos ser interessante a transcrição de sua explanação: *“a sede da obrigação se localiza no lugar onde a obrigação deve ser cumprida, segundo a vontade especial das partes, resulte essa vontade de uma declaração expressa ou da natureza dos atos obrigacionais cujas condições não permitem sejam cumpridos em outro lugar, como a tradição de um imóvel que não é concebível senão no lugar da situação. No caso de ausência de um lugar fixado, para a execução, a sede pode tornar-se aquela onde o devedor exerce suas atividades. A jurisdição é, assim, determinada pelo lugar onde a obrigação nasceu, quando coincide com o domicílio do devedor. Abstração feita ao domicílio do devedor, o lugar onde a obrigação nasceu determina a jurisdição, quando segundo as circunstâncias, esse lugar é também aquele que as partes indicarem para ser a obrigação cumprida. Enfim, não ocorrendo as hipóteses supra-expostas, a jurisdição da obrigação se localiza no domicílio do devedor. Em todos os casos, a subordinação presumida que determina, ao mesmo tempo, a sede da obrigação e sua jurisdição especial, deve determinar igualmente o direito local aplicável ao fundo”*.⁷⁷

Outro grande autor desta fase moderna foi Josephus Jitta, que defendia a universalização das regras de direito internacional privado. O autor sustentava que não há

⁷⁵ ARAÚJO, Nádia. Op. cit.

⁷⁶ STRENGER, Irineu. Op. cit.

⁷⁷ CALEB, Marcel. Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté en Droit International Privé, Paris, 1.927. In Irineu Strenger, op. cit.

diferença entre o direito internacional privado e o direito privado nacional. Ambos tratam de relações que se formam por exigências da vida social, têm por fim submeter essas relações ao império do direito. A autonomia da vontade foi estudada por ele tendo em vista sua aplicação nos contratos, sendo que ele distinguiu para a formação dos mesmos, três fases, a nacional, a relativamente nacional e a absolutamente internacional.⁷⁸

Para este autor, a fase nacional dizia respeito à relação jurídica independente das fronteiras do Estado e da nacionalidade e que pode estabelecer-se entre todos os membros do governo humano; a fase relativamente nacional estaria ligada ao caráter individual da primeira fase, assim, quando todos os elementos de uma relação jurídica estão ligados ao direito de um Estado, pode dizer-se sem vacilar que essa relação é meramente nacional em relação a esse Estado, e que somente pode ser internacional na perspectiva de outros. Há, ainda segundo Jitta, a fase absolutamente internacional, que compreenderia as variedades dos elementos que a integram, a nacionalidade, domicílio, residência, situação do objeto, lugar em que teve origem a relação jurídica, seus efeitos, sendo a aplicação de todos esses elementos limitada pela ordem pública.⁷⁹

Em resumo, Jitta acreditava que as partes não são totalmente livres de regular aquilo que concerne aos efeitos jurídicos de sua declaração de vontade, apesar de reconhecer que em nenhuma circunstância se deve perder o valor individual do direito privado.

Outra teoria de grande importância para evolução dos estudos em torno da evolução dos contratos internacionais, é a de Henri Batiffol, que acreditava que no sistema da autonomia da vontade, necessariamente, não se aplicaria a lei da celebração ou do cumprimento do contrato, como normas absolutas. Em cada tipo de contrato se deveria examinar os diversos fatores ou índices da vontade das partes. Por isso, ele sustentava a existência de regras supletivas, que se impõem quando a manifestação de vontade for deficiente, nula ou inexistente;

⁷⁸ JITTA, Josephus. *Método de Derecho Internacional Privado*, Madri. In Irineu Strenger, op. cit.

⁷⁹ *Ib. idem.*

facultativas, que dava às partes a liberdade de convencionar; e, as imperativas, que eram impostas às partes.⁸⁰

Batiffol dizia que tanto na jurisprudência como na doutrina duas posições seriam distinguíveis: a dos partidários da possibilidade de escolha ilimitada na qual se compreendem as operações que comportam elemento internacional, mas, recusando o mesmo procedimento como válido para as operações “puramente internas”, isto é, questões cujos elementos estão vinculados em um só país, e os adeptos de posição mais extremada, admitindo a escolha ilimitada num e noutro caso.⁸¹

Além de tais distinções o autor defendia o sistema da lei da autonomia, segundo o qual as partes não elegem a lei do contrato, mas sim, localizam seu contrato e o juiz deduz daí a lei aplicável. Neste sistema, o autor relaciona índices extrínsecos e intrínsecos da vontade. A primeira classificação constituiria, segundo Batiffol, a verdadeira designação da lei aplicável porque procura saber em que consideração se deve tomar a indicação implícita, dada pelas partes. Já os índices intrínsecos teriam valor decisivo, porque envolveriam cláusulas de grande determinação da vontade das partes.

Batiffol analisou a teoria da autonomia da vontade de maneira detalhada, sob o aspecto jurídico e principal e especialmente hermenêutico, o que tornou sua doutrina, de acordo com os grandes autores da atualidade, excepcionalmente relevante, além de torná-la uma das principais obras do direito internacional privado.

Além dos autores já elencados, consideramos interessante a análise das obras de Dreyfus, Caleb e Niboyet. O primeiro, examinou o ato jurídico em direito internacional privado, ressaltando a importância dos contratos quanto à participação dos indivíduos, analisando em que medida deve ou pode intervir o poder volitivo. Strenger diz que o objetivo de Dreyfus é evitar o despedaçamento do contrato. E acrescenta a crítica de Caleb à sua teoria, o

⁸⁰ BATIFFOL, Henry. *Les conflits de lois en matière des contracts*. Paris, 1.938.

⁸¹ STRENGER, Irineu. *Op. cit.*

qual sustenta que o grande defeito do sistema de Dreyfus é a preocupação de conservar a unidade e generalidade na localização do contrato para efeito de determinar a lei competente, contrariando a natureza do contrato que tem uma vida muito complexa, o que não permite cuidar de um de seus elementos, esquecendo-se de outros, decorrendo da experiência a conclusão de que os contratos devem ser regidos por diversas leis, correspondendo aos seus diversos aspectos, sem que por isso as partes sejam obrigadas a obedecer a leis diferentes ou contraditórias.⁸²

Já Marcel Caleb acredita que a autonomia da vontade tem extensão conceitual muito ampla, possibilitando aos indivíduos exercerem sua vontade com o objetivo de criar situações jurídicas concordantes com a ordem social, mas que no direito internacional privado tem características diferenciadas, pois, as partes são livres para escolherem, também, qual a legislação que irão submeter sua relação jurídica, respeitando os limites impostos pela ordem social. Ele destaca em sua teoria, o papel da ordem pública e das leis imperativas como elementos limitadores da autonomia da vontade, fazendo distinção entre ordem pública, lei imperativa e lei supletiva, atribuindo a esta última, o domínio da autonomia da vontade.⁸³

Para Caleb, o grande desafio em direito internacional privado, no que diz respeito à autonomia da vontade, é determinar qual a lei competente para reger as relações jurídicas e suas consequências. Entretanto, vislumbra a possibilidade do direito internacional privado estabelecer regras universalmente aplicáveis com harmonia, mediante o acolhimento de suas disposições por todas as nações, sugerindo a constituição de um sistema internacional de conflitos de leis nacionais, em lugar de um sistema nacional de conflitos de leis.

O terceiro autor, Niboyet, contraria qualquer posicionamento filosófico já analisado, pois, sustenta a inexistência da autonomia da vontade sob qualquer aspecto. Para ele, a teoria da autonomia da vontade nasceu em decorrência da formação dos contratos, e não sobrevive além desse terreno, pois, a escolha de competência não é problema de soberania, mas

⁸² STRENGER, Irineu. Op. cit.

⁸³ Ib. idem.

questão de vontade das partes, as quais não tem somente o direito de dizer sob o império de que leis elas pretendem fazê-lo. E, ainda, explica que na verdade, o que houve foi uma grande confusão entre duas concepções jurídicas bastante diferentes: a de uma pseudo-autonomia da vontade e a da simples liberdade de convenções em matéria de contratos.⁸⁴

Na doutrina nacional, encontramos, entre outros, Amílcar de Castro, que não aceitou sob nenhum aspecto a autonomia da vontade. Sempre se posicionou favorável ao domínio do direito às relações jurídicas, dizendo que elas estarão sempre à mercê do direito, sem que a vontade das partes dependa exclusivamente de aspectos pessoais. A liberdade limitada das partes, dizia ele, era concedida e limitada pelo direito vigente, e, portanto, não havia que se falar em autonomia.⁸⁵

Em contrapartida, Clóvis Beviláqua considera a capacidade para contrair obrigações voluntárias, quer sejam convencionais, quer unilaterais, dependente da lei pessoal das partes.⁸⁶ Porém, adepto da teoria individualista, o autor atenta, que a manifestação da vontade não pode superar a ordem pública e as imposições legislativas. E, acrescenta sua explanação dizendo que a vontade possui limites naturais que se consubstanciam na escolha da leis que subordine à obrigação livremente contraída, e, ainda, que a vontade somente atua na substância e efeitos da obrigação, não podendo incidir em sua execução.

Para Pontes de Miranda, a vontade deve ser revestida de juridicidade. Seu posicionamento é o de que a liberdade de contratar pode existir sem que exista a liberdade contratual, e, acrescenta que a vontade, por si só não é suficiente não cria obrigação, para se tornar um ato jurídico deve emergir do meio jurídico, que lhe dará estrutura e contornos adequados. O autor ressalta que a autonomia pertence ao direito substancial, pois, quando a lei

⁸⁴ NIBOYET, J. P. La théorie de l'autonomie de la volonté, in Recueil des Cours, t.16, Paris, p. 7 e ss. In Irineu Strenger, op. cit.

⁸⁵ CASTRO, Amílcar. Direito Internacional Privado, vol II. Rio de Janeiro, 1956.

⁸⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. Princípios de Direito Internacional Privado, 4ª ed., 1944.

deixa espaço para a manifestação livre da vontade, impera o domínio das regras dispositivas e interpretativas.⁸⁷

Acreditamos serem estes os principais autores da doutrina moderna de Direito Internacional Privado, no que diz respeito, em especial, à autonomia da vontade. No desenvolvimento deste trabalho, com certeza voltaremos a comentar as análises aqui realizadas, tendo em vista que o estudo dos contratos internacionais do comércio está intrinsecamente ligado à aceitação ou não da autonomia da vontade.

4.3 - A autonomia da vontade no Direito Internacional Privado e Países do Mercosul:

Em nossa pesquisa inicial, constatamos que a questão da autonomia da vontade foi, é e será ainda, tema de muitas polêmicas e discussões, sendo impossível vislumbrar um termo final para as diversas indagações que vão surgindo no âmbito de sua aplicação. Portanto, acreditamos que a partir deste ítem, o que discorreremos poderá futuramente, e inclusive, a curto prazo, ser modificado ou remodelado, tendo em vista que consideramos necessário, ao menos, tentarmos estancar, de certo modo e até onde nos for possível, as divergências doutrinárias existentes, para conseguirmos nos posicionar neste campo.

Segundo a concepção de Marcel Caleb, a autonomia da vontade em direito internacional privado, corresponde à faculdade concedida aos indivíduos de exercer sua vontade, tendo em vista a escolha e a determinação de uma lei aplicável a certas relações jurídicas nas relações internacionais, derivando ela da confiança que a comunidade internacional concede ao indivíduo no interesse da sociedade, e exercendo-se no interior das fronteiras determinadas de um lado pela noção de ordem pública e de outro pelas leis imperativas, entendendo-se que, em caso de conflito de qualificação, entre um sistema imperativo e um sistema facultativo, a propósito de uma mesma relação de direito, a questão fica fora dos

⁸⁷ MIRANDA, Pontes. Tratado de Direito Internacional Privado, vol. 1, Rio de Janeiro, 1935, p. 171.

quadros da autonomia, do mesmo modo que ela somente se torna eficaz na medida em que pode ser efetiva.⁸⁸

O autor sustenta ainda que consistindo o direito internacional privado numa disciplina jurídica que visa resolver conflitos de leis, o princípio da autonomia da vontade desempenha um papel generalizador, no sentido de ultrapassar as fronteiras do direito privado para selecionar nas ordens jurídicas existentes a lei aplicável a uma determinada relação de direito, apresentando caracteres internacionais.⁸⁹

Strenger declara seu convencimento de que a autonomia da vontade reassume no direito internacional a singularidade do voluntarismo jurídico da esfera do direito privado interno, pois tem finalidades metódicas completamente diversas, sem significar que as leis imperativas perdem seu caráter no direito internacional privado. E, enfatiza seu posicionamento citando Haroldo Valladão que defendeu a autonomia da vontade como o princípio tradicional das obrigações em direito internacional privado, que impõe o reconhecimento aos interessados de escolher o direito, expressa ou tacitamente, como lei reguladora dos contratos.⁹⁰

Nos países da “commom law” a autonomia da vontade foi aceita mas com restrições, conforme a previsão de cada Estado. No sistema inglês, desde o século XVIII até o XIX, as cortes inglesas aceitavam a vontade das partes na escolha da lei aplicável, através do princípio da “proper law”, segundo o qual desde que nenhuma lei expressa tenha sido escolhida, a lei mais apta para reger a relação jurídica, será aquela que as partes indubitavelmente teriam considerado como tal. Apesar da doutrina inglesa não tê-lo adotado de forma unânime, atualmente, não há mais como resistir à sua aplicação tendo em vista a adesão do Reino Unido à Convenção de Roma sobre lei aplicável aos contratos internacionais. E o que se vê atualmente na doutrina inglesa é um posicionamento favorável à aplicação ao princípio da autonomia da vontade, mas, dividido, sendo que uma corrente defende a autonomia das partes na busca da lei

⁸⁸ In Irineu Strenger, op. cit. p. 21.

⁸⁹ Ib idem.

mais apropriada (proper law), e a outra, sustentando a preferência à lei que apresente maior conexão (the most real connection).

No direito norte americano, a questão da autonomia da vontade foi levantada pela primeira vez por Joseph Story, e, posteriormente, se estabeleceu sua aplicação através dos “restatements”, onde a partir do “second restatement”, foi definitivamente aceita, com a limitação de sua aplicação segundo a contrariedade, que eventualmente poderia existir em relação ao direito de algum Estado, o que implicaria na sua não aplicação.

Mas, o que se observou foi a ocorrência de decisões contrastantes não só em outro Estado da União mas mesmo no âmbito do mesmo Estado. A jurisprudência e a doutrina dividiram-se entre a lei do lugar da conclusão, a lei do lugar da execução e a vontade das partes.

No *Restatement of The Law Second*, de 1.971, observamos a admissão das partes escolherem a lei reguladora de seu contrato, mas com a dúplici limitação da razoabilidade da escolha e o respeito ao “fundamental policy” de outro Estado. E, ainda, no caso de ausência de lei, prevalecerá aquela que tiver maior conexão com o que foi convencionado pelas partes. Apesar dessa disposição, o que se vê atualmente segundo Edoardo Vitta, é a tentativa de reviver a teoria do “most real connection”, pois, as várias teorias sobre conflitos de leis propostas pelos autores americanos se preocupam em sanar a situação insatisfatória em matéria de lei reguladora dos contratos e das obrigações decorrentes do ilícito.⁹¹

Já no âmbito do bloco regional do Mercosul, não existe um posicionamento uniforme, em face da diversidade das legislações internas de seus países membros. O que se pode observar de início é a predominância de uma forte corrente

⁹⁰ STRENGER, Irineu. op. cit.

⁹¹ Ib. idem.

territorialista. Os países do Mercosul, à exceção do Brasil, adotaram em sua legislação interna os tratados de Montevidéu, que não admitem a autonomia da vontade entre suas normas.⁹²

Inicialmente, em 1889/90, o tratado estabeleceu como regra geral para aplicação da lei ao contrato, o local da execução, mas, em 1939/40, à esta regra acrescentou-se a possibilidade de substituição pela *lex celebrationis*, quando não fosse possível determinar qual o lugar onde a obrigação deva ser cumprida. Criou-se, ainda, um Protocolo Adicional, vigente entre Argentina, Paraguai e Uruguai, para proibir expressamente a autonomia da vontade, salvo na medida em que a lei aplicável o autorizasse.⁹³

O sistema argentino adota como regra de conexão a lei do lugar do cumprimento da obrigação, a “*lex executionis*”. Mas observamos um posicionamento jurisprudencial favorável, em alguns casos à autonomia material, ou seja, a Suprema Corte reconheceu a escolha da lei fixada pelas partes. Nádia Araújo, comenta a dicotomia vivida pela doutrina e jurisprudência argentinas, recorrendo às explicações de Fresnero, jurista argentino que ressalta o posicionamento favorável da doutrina à aplicação da autonomia da vontade e, por outro lado a jurisprudência pátria que sempre a rechaçou, em especial nos contratos marítimos comerciais, tendo em vista a Lei 20.094, extremamente nacionalista, que proíbe a aplicação da autonomia da vontade, o que, segundo o autor vem contrariar os objetivos de um mercado comum.⁹⁴ Portanto, na Argentina encontramos um ordenamento jurídico antagônico, pois, apesar da jurisprudência rechaçar a aplicação da autonomia, chegou a reconhecê-la, mesmo que seja de forma material.

A doutrina argentina sustenta esperanças quanto ao reconhecimento e adesão à Convenção Interamericana sobre Direito aplicável aos Contratos Internacionais, o que modificaria a situação de seu ordenamento interno.

⁹² ARAÚJO, Nádia. Contratos Internacionais. Rio de Janeiro: Renovar, 1.997. p. 66.

⁹³ Op. cit. p. 146.

⁹⁴ Op. cit. p. 70.

No Uruguai, apesar de seu Código Civil não ter dado acolhida à autonomia, tendo em vista a forte influência sofrida pelo Tratado de Montevidéu, determinando que as obrigações se regem, no que diz respeito à sua existência, natureza, validade e efeitos, pela lei do lugar de seu cumprimento, na doutrina encontramos defensores de sua aplicação, fundamentando a necessidade de se acompanhar a CIDIP V e Conferência de Haia de 1.985.

No ordenamento jurídico do Paraguai não encontramos a determinação para aplicação da autonomia da vontade, mas há por parte da doutrina um entendimento de que a autonomia poderia ser considerada como compreendida na lei paraguaia, a partir da interpretação do art. 297, do Código Civil, em conformidade com o art. 669, do mesmo, pois embora não venha expressamente colocada no título preliminar, o segundo, na parte relativa aos contratos em geral, estabelece que as partes podem regular livremente seus direitos mediante contratos, desde que respeitadas as normas imperativas da lei, sendo aplicável tal disposição a todos os contratos. Mas, segundo a autora já referida acima, esse posicionamento não deve prevalecer pois, a referência dos artigos citados é ao contrato como um todo e não às espécies de contratos internos e internacionais.⁹⁵ Entretanto, atualmente, apesar de continuarem em vigor as regras do Tratado de Montevidéu, para a determinação da lei aplicável aos contratos internacionais, a tendência uruguaia é de seguir-se a Conferência de Haia de 1.985 e a CIDIP V, que prevêm a aplicação da autonomia aos contratos internacionais.

No Brasil a regra que prevalece para aplicação da lei aos contratos internacionais é a “*lex celebrationis*”, conforme o art. 9º do Código Civil. Contudo há na doutrina brasileira três posicionamentos distintos quanto a aplicação e reconhecimento da autonomia da vontade aos contratos internacionais, o primeiro totalmente contrário à autonomia, o segundo a favor de uma limitação às regras supletivas, e o terceiro que é favorável de forma incondicional à aplicação da autonomia, os quais serão melhor analisados no sub-capítulo posterior.

⁹⁵ Op. cit. p. 74.

Infelizmente, os países membros apesar de não determinarem a aplicação da autonomia em seus ordenamentos, participaram assiduamente, da CIDIP V, que teve essa questão como idéia central. O que se espera é que a convenção que se originou deste debate, a Convenção Interamericana sobre direito aplicável aos contratos internacionais, seja recepcionada por eles, caso contrário o Mercosul estará fadado a um longo período de incompatibilidade dos sistemas jurídicos de cada país, o que dificultaria as negociações entre os mesmos.

Segundo Strenger, o funcionamento do Mercosul terá de realizar-se em um contexto harmônico, visando sempre minorar a possibilidade de divergências obstrutivas de correntes de conflitos comerciais entre os agentes dessa atividade, com o escopo de compatibilizar os mecanismos e instrumentos concebidos para que esse mercado comunitário alcance seu fim.⁹⁶

4.4 - A autonomia da vontade na doutrina brasileira:

Desde o Código Civil de 1.916, a doutrina brasileira se divide acerca da aplicação ou não da autonomia da vontade, na escolha da lei aplicável aos contratos internacionais. A redação do artigo 13 da Introdução deste Código iniciou as divergências quanto ao reconhecimento da autonomia da vontade, pois, versava a regulamentação, salvo estipulação contrária, quanto aos efeitos e substância das obrigações, a lei do lugar, onde fossem contraídas.⁹⁷

Entre os doutrinadores da época e defensores do princípio da autonomia, encontramos Clóvis Bevilacqua que atentava para a intenção das partes quando se realizasse a interpretação dos contratos, ressaltando que se a intenção fosse obscura ou falha, serviriam as circunstâncias de fato para determinar o alcance das palavras empregadas. O autor sustentava ainda, que a vontade era fonte geradora das obrigações convencionais e unilaterais,

⁹⁶ STRENGER, Irineu. Condições gerais de contrato no comércio do Mercosul: uma proposta. Contratos Internacionais e Direito Econômico Financeiro. Ltr, São Paulo, 1.996.

⁹⁷ STRENGER, Irineu. A autonomia da vontade em Direito Internacional Privado. RT, São Paulo, 1.968.

consequentemente, lhe deveria ser permitido, nas relações internacionais, escolher a lei que subordinasse as obrigações livremente convencionadas.⁹⁸

Para Eduardo Espínola, a verdadeira interpretação do artigo 13, deveria levar em conta a matéria regulada em caráter supletivo, interpretativo ou facultativo. Sendo competente, quanto à matéria imperativa, a *lex loci celebrationis*, que não poderia ser afastada por estipulação contrária das partes, e apenas, com relação à matéria supletiva poderiam as partes definir a lei aplicável.⁹⁹

Strenger, em síntese dos diversos posicionamentos relacionados ao Código Civil de 1916, destaca a opinião de Ferreira Coelho que interpretava como melhor teoria a que combinasse a vontade das partes com a *lex loci*, quanto à substância e aos efeitos da obrigação, respeitadas as leis do lugar em que vai o contrato ser executado. Para o autor o contrato é uma lei que obriga e limita reciprocamente, as partes contratantes, por isto a vontade delas deve presidir à organização deste ato jurídico, portanto, a autonomia prevaleceria quando não ofendesse as leis locais.¹⁰⁰

Em 1.942 a nova Lei de Introdução ao Código Civil, suscitou novos debates e divergências sobre a aplicação do princípio da autonomia da vontade, tendo em vista que, conforme as palavras de Vicente Rao, o artigo 9º da Lei de Introdução que substituiu o artigo 13 da Introdução, fez exegese perfeita ao mostrar que a disposição vigente não manteve o preceito anterior que mandava aplicar, pura e simplesmente, a lei brasileira às obrigações contraídas no estrangeiro e destinadas à execução no Brasil; só impôs ao contrário, a observância desta lei, quando por ela se exige para a validade da obrigação uma forma essencial.¹⁰¹

⁹⁸ BEVILAQUA, Clóvis. *Princípios Elementares de Direito Internacional Privado*. 4ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1944.

⁹⁹ Eduardo Espínola *apud* Nádia Araújo, op. cit. p. 88.

¹⁰⁰ Ferreira Coelho *In* Irineu Strenger, op. cit. p. 201.

¹⁰¹ Vicente Rao *In* Irineu Strenger, op. cit. p. 205.

Para Campos Batalha a adoção da “*lex loci executionis*”, tem a vantagem de dar unicidade à regulamentação contratual, tendo em vista que a nacionalidade das partes, seu domicílio ou os lugares de execução podem ser vários em um mesmo contrato, por isso, as partes, encontrando-se no lugar da celebração do contrato, podem se aperceber mais facilmente das disposições legais aplicáveis. O autor reconhece a existência da autonomia da vontade das partes contratantes no âmbito das leis dispositivas do direito aplicável, podendo no exercício dessa autonomia, no campo que lhe é próprio as partes adotar como conteúdo de suas estipulações, normas de direito estrangeiro, desde que não ofendam a ordem pública brasileira.¹⁰²

Na doutrina contemporânea o posicionamento é divergente conforme as correntes já explicitadas acima. Mas, vale notar que o princípio da autonomia, de um modo geral é aceito desde que a lei alienígena permita sua aplicação. Enfatizamos, o posicionamento de maior expressão doutrinária, que é de Irineu Strenger, que esclarece ter a autonomia ampla aceitação na prática do comércio internacional, tanto pelos tribunais nacionais como pelos arbitrais.¹⁰³ Em contrapartida, José Inácio Franceschini, entende que o artigo 9º da LICC, tem caráter imperativo, portanto, a autonomia estaria proibida.¹⁰⁴

Dentre estes diversos posicionamentos, ressaltamos que até o estágio atual de nossos estudos arriscamos a opinião de que, conforme os ensinamentos de Grandino Rodas, ainda não podemos afirmar a existência da autonomia da vontade para a indicação de norma aplicável, restando às partes unicamente o exercício da liberdade contratual na esfera das disposições supletivas da lei aplicável, por determinação da “*lex loci celebrationis*”.¹⁰⁵ Acreditamos ainda, na explicação de Jacob Dolinger, que acredita na opção do legislador pela aplicação da lei do lugar em que o contrato se constituiu em decorrência do princípio da autonomia da vontade, pois haveria sempre uma vontade tácita de submeter o contrato à lei do local em que este se realizou.¹⁰⁶

¹⁰² BATALHA, W. S. Campos. Direito Internacional Privado. *apud* Irineu Strenger, op. cit. p. 202.

¹⁰³ STRENGER, Irineu. Contratos Internacionais do Comércio. São Paulo, RT, 1986.

¹⁰⁴ *In* Nádia Araújo. op. cit. p. 99.

¹⁰⁵ RODAS, João G.. Elementos de conexão do Direito Internacional Privado Brasileiro, relativamente às obrigações contratuais, in Contratos Internacionais, São Paulo, RT, 1.995, p.44.

¹⁰⁶ DOLINGER, Jacob. Direito Internacional Privado. Renovar, Rio de Janeiro, 4ª ed., 1.995.

4.4.1 - O Projeto de Aplicação de Normas Jurídicas e a autonomia da vontade:

Com o projeto 4.905/95, o direito brasileiro terá como regra, a “lex loci celebrationes” e a “lex voluntatis”, para os contratos realizados no exterior sobre bens situados no Brasil, registrados no território brasileiro desde que cumpram as formalidades exigidas pela lei local da celebração do contrato ou pela lei que as partes escolherem para reger as suas formalidades.

Em seu artigo escrito para a Revista de Estudos Jurídicos da UNESP, Jete Jane Fiorati, único posicionamento, que até o atual estágio de nossas pesquisas, podemos observar, questiona se a adoção do critério da autonomia da vontade não deixaria em aberto o aspecto de significância da lei escolhida com contrato ou haveria uma limitação a esse respeito. O questionamento da autora se refere à interpretação do “caput” do artigo 11, isoladamente ou em conjunto com seu par. 1º, o qual prevê que no caso de não ter havido escolha da lei, prevalecerá aquela que tiver vínculos mais estreitos com a relação contratual.

A própria autora nos dá uma resposta sustentando que a regra contida no “caput” do artigo 11 não deverá sofrer a restrição da regra prevista em seu parágrafo 1º, tendo em vista a interpretação dada pelos tribunais arbitrais europeus às disposições semelhantes àquelas contidas no referido artigo. Mas, atenta para o comportamento dos tribunais arbitrais e do Supremo Tribunal Federal no que se refere ao reconhecimento de laudos estrangeiros para efeitos de sua execução em território nacional, após a entrada em vigor do projeto de Lei.¹⁰⁷

Até o presente momento verificamos que o projeto está em tramitação no Congresso Nacional, mas não há ainda uma previsão para sua votação, tendo em vista que o mesmo não está entre os assuntos de caráter emergencial para análise.

¹⁰⁷ FIORATI, Jete Jane. As inovações no Direito Internacional Privado Brasileiro presentes no Projeto de aplicação das normas jurídicas”, Revista de Estudos Jurídicos UNESP, Franca, Franca, 1: 119-159, 1.996.

4.4.2 - A autonomia da vontade e a “Lex mercatória”

Para Irineu Strenger o desenvolvimento do comércio internacional está intrinsecamente ligado à aplicação e aceitação da autonomia da vontade aos contratos internacionais. O autor explica que a “lex voluntatis” é um dos mais significativos alicerces do comércio internacional, abrindo novos rumos para o atingimento do objetivo da “lex mercatória”, qual seja, a liberdade de atuação, no sentido de alcançar definitivamente seus próprios instrumentos jurídicos-formais.¹⁰⁸

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

Beat Walter Rechsteiner, nos explica a *lex mercatoria* está em processo de permanente evolução, e isso em virtude da própria estrutura do direito comercial, para o qual é inerente a tendência de constante renovação. Conforme a doutrina da *lex mercatoria*, o Estado não consegue acompanhar tal ritmo, concluindo-se por sua inaptidão para legislar sobre o comércio internacional, pelo que se postula a autonomia da *lex mercatoria* das legislações existentes. E acrescenta que por não constituir um corpo de regras jurídicas, destinado a regulamentar o comércio internacional na sua totalidade, de modo a perfazer o verdadeiro direito do comércio internacional, a *lex mercatória* ainda está na sua fase inicial como disciplina autônoma do comércio internacional.¹⁰⁹

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

¹⁰⁸ STRENGER, Irineu. Direito do Comércio Internacional e Lex Mercatória. São Paulo: Ltr, 1.996. p. 89.

¹⁰⁹ RECHSTEINER, Beat W. Direito Internacional Privado Teoria e Prática. Saraiva, São Paulo, 1998, p. 61

consecução de seus fins”.¹¹⁰ E, por isso., a doutrina a considera o maior sustentáculo da *lex mercatoria*.

Abordaremos com maior especificidade este tema em capítulo posterior, consideramos pelos estudos realizados até aqui, que o princípio da autonomia da vontade é a mola propulsora do desenvolvimento e estruturação dos contratos de comércio internacional, mas é necessário atentar que para o bom desempenho das negociações internacionais, mister ocorrer a unificação das legislações dos Estados, e, para isso, o reconhecimento e aceitação da *lex mercatória* será imprescindível.

4.4.3 - A autonomia da vontade e liberdade contratual

Esther Engelberg, traz em seu livro Contratos Internacionais do Comércio, a denominação do item acima, para explicar seu posicionamento quanto a aplicação da autonomia da vontade aos contratos. Segundo a autora, não há a suposta autonomia e sim, a liberdade concedida e limitada pelo direito. Para ela, no Direito Internacional Privado, o objeto da vontade das partes é a escolha do lugar a ser firmado o contrato e não o direito., sustentando, ainda que o art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil tem caráter imperativo e não comporta a acolhida da doutrina da autonomia da vontade, em matéria de Direito Internacional Privado.¹¹¹

Mas, em contraposição às assertivas citadas acima a autora, em outro item de seu livro (liberdade contratual e incorporação de leis estrangeiras ao contrato), citando Henry Battifol, defende que ao adotarem uma disposição legal considerada apropriada, fazem da lei adotada uma cláusula contratual, e esta tem validade pois as partes *quiseram seu conteúdo*. (grifo nosso).

Para a autora essa escolha denomina-se incorporação da lei ao contrato, que sob nosso ponto de vista, nada mais é que a própria liberdade conferida às partes de

¹¹⁰ STRENGER, Irineu. op cit. p. 93.

¹¹¹ ENGELBERG, Esther. Contratos Internacionais do Comércio. Ed. Atlas, São Paulo, 1997.

escolherem qual o ordenamento jurídico que desejam seguir. Até o estágio atual de nossos estudos acreditamos que não há como conceber liberdade limitada para explicarmos autonomia da vontade aplicada aos contratos internacionais, concordamos com a limitação existente nos ordenamentos jurídicos, como um todo, aplicado a todos os ramos do direito, mas, sustentar uma autonomia pela metade, entendemos ser impossível, pois do contrário estaríamos negando sua existência.¹¹²

O que nos parece crível, é a existência de limitações quanto à manutenção da ordem pública, boa-fé que são institutos respeitados, tanto no direito civil, como no comercial e em todos os outros ramos do Direito. O que devemos ter em consideração quando se fala em autonomia da vontade das partes é que a liberdade concedida às partes não irá além do que prevê o Direito, pois, foi dentro de seu alcance que surgiu a noção de autonomia da vontade, e é neste contexto que se desenvolveram as teorias sobre liberdade contratual das partes, portanto, se o próprio Direito concebeu esta tese, não há como impedir ou desvincular a autonomia da limitação legal, a autonomia da vontade já nasceu dentro de um campo a ser aplicada e a doutrina não poderá negar sua existência alegando sua contrariedade aos ordenamentos jurídicos, pois, estes já estão inseridos no Direito como um todo.

Para melhor explicitarmos nosso pensamento, transcrevemos o pensamento de Miguel Reale, “Se, no fundo, não é possível uma resposta teórica ao problema da liberdade, todos nós pressentimos que não podemos querer a nossa liberdade sem saírmos do círculo de nossa singularidade, sem querermos pura e simplesmente, a liberdade”¹¹³.

¹¹² *Ib idem.*

¹¹³ Liberdade e Valor. In STRENGER, Irineu. Autonomia da Vontade em Direito Internacional Privado. p. 11

CAPÍTULO V

A NOVA “LEX MERCATÓRIA” E OS CONTRATOS INTERNACIONAIS DO COMÉRCIO

5.1 – Conceito de “ Lex Mercatória”

O surgimento da “ lex mercatória” está intrinsecamente ligado à história e desenvolvimento do direito do mar. A partir da comercialização realizada pelos povos da Grécia e Roma antiga, bem como, os Fenícios, o comércio internacional passou a ter regras próprias dispensando tratamento aos contratos internacionais.

Com a queda do império romano o comércio internacional passou a ser realizado sob uma ótica que preferia o crédito ao transporte marítimo, e, é nesta fase que se observa a prática dos usos e costumes nas transações comerciais.

Segundo Strenger, os usos e costumes adotados para disciplinar as transações comerciais desconhecidas do direito escrito então existente, pelas leis inspiradas por influência daquelas corporações e pela jurisprudência de seus tribunais, se constituiu um complexo de normas reguladoras tão somente de pessoas de determinada classe dos institutos especiais que as interessavam, e por isso se compôs um direito profissional, os “ statuto mercatorum” ou “ jus mercatorum” ¹¹⁴

Portanto, o direito comercial surgiu através dos hábitos dos negociadores do comércio informal, que com o passar do tempo foi se constituindo em leis da atividade comercial por eles realizadas.

¹¹⁴ STRENGER, I. Direito do Comércio Internacional. Ltr, São Paulo, 1996, p. 59.

No direito comercial internacional atual, o que se constata é a predominância de uma liberdade de relacionamento e negociação, em contrapartida às antigas legislações e restrições, existindo um crescente enfraquecimento das leis de compressão.

A pluralidade dos sistemas existentes e a participação dos Estados nos atos de comércio convenceram os juristas e comerciantes, nessa área, de que as leis nacionais interferem negativamente no crescimento global do comércio e de que há necessidade de desenvolver regras que possam ser aplicadas indistintamente, seja onde for que ocorra uma transação de comércio.

Ao tentarmos definir “lex mercatoria” deparamo-nos com diversas opiniões, dentre as quais, salientamos a de Berthold Goldman, Antoine Kassis e Irineu Strenger, sendo que nos socorreremos da análise que o último autor faz das obras dos dois primeiros, para também transmitir nossa impressão acerca do tema discutido.

De acordo com as assertivas de Strenger em acertado estudo sobre o posicionamento de Berthold Goldman sobre a “lex mercatória”, o autor a define como um conjunto de princípios, instituições e regras com origens em várias fontes, que nutriu e ainda nutre as estruturas e o funcionamento legal específico da coletividade de operadores do comércio internacional. A realização desse desiderato, segundo expõe, se deve aos princípios gerais do direito; aos provimentos contratuais, como cláusulas especiais e novos tipos convencionais; e às decisões arbitrais que contribuíram para a elaboração de princípios do comércio internacional.

Segundo o autor estudado, para Goldman, as normas resultantes da autonomia da vontade, pela sua repetida aplicação e eficácia nas operações do comércio internacional e arbitragem, emanciparam os contratos das ordens jurídicas nacionais, formando um corpo autônomo de direito, o qual se consubstanciaria na “lex mercatoria”.¹¹⁵

¹¹⁵ GOLDMAN, B. *Frontières du Droit et Lex Mercatoria*, in *Archives de Philosophie du Droit*, 1964 In Irineu Strenger, op cit, p.75.

Antoine Kassis, comentando a obra de Goldman, revela o caráter polêmico da afirmação de que existe uma ordem pública da “lex mercatoria”. Assim, além do respeito da ordem pública como evicção à aplicação do direito estrangeiro, devemos considerar igualmente a ordem pública da “lex mercatoria”, pois entre esta última e as outras existe hierarquia e não concorrência, e a ordem pública da “lex mercatoria” deveria prevalecer.¹¹⁶

Após a análise acima transcrita, realizada por Strenger, o autor, conclui ressaltando que a “lex mercatoria”, de acordo com os autores estudados, assinala três tendências, sendo a primeira situando-a como uma ordem legal autônoma, criada espontaneamente pelas partes envolvidas nas relações econômicas internacionais e existindo independentemente dos sistemas nacionais; a segunda, imaginando-a como um corpo de regras suficiente para decidir uma disputa, operando como alternativa de uma diferente lei nacional aplicável; e a terceira, considerando-a como complemento de uma lei nacional aplicável, vista como nada mais que uma gradual consolidação dos usos e determinadas expectativas do comércio internacional.¹¹⁷

Ao assimilar os diversos posicionamentos estudados, acreditamos ser a definição de Strenger a mais acertada para o momento, segundo a qual, “lex mercatoria” é um conjunto de procedimentos que possibilita adequadas soluções para as expectativas do comércio internacional, sem conexões necessárias com os sistemas nacionais e de forma juridicamente eficaz. Para o autor, o que realmente importa no exame da “lex mercatoria” é saber até que medida ela pode ser pensada como estrutura revestida de força jurídica, ou seja, quais os limites sancionadores de que se reveste para impor suas regras, porquanto, sem encontrar esse caráter heterônomo e coercitivo, não se terá em sua plenitude um novo sistema dotado de autonomia como se apregoa.¹¹⁸

5.2 – O caráter metanacional da “lex mercatória”

¹¹⁶ KASSIS, a *Théorie Générale des usages du commerce*, Paris, LGDJ, 1984 *In* Irineu Strenger, op. cit., p. 76.

¹¹⁷ STRENGER, I. op cit., p. 78.

A convicção de que a “lex mercatória” exprime o caráter metanacional do comércio internacional é inabalável, pois em momento algum se vislumbra o nascedouro das condutas utilizadas pelos comerciantes internacionais nas práticas e usos locais.¹¹⁹

O que constatamos é que a “lex mercatoria” é uma realidade e sua incursão se realiza acima e além das fronteiras nacionais, criando, de certa forma, um conjunto de regras segundo o seu campo de aplicação. Portanto, ao admitirmos que a “lex mercatoria” se inspira em todas as fontes que possam sustentar suas estruturas jurídicas, consequentemente, observamos que sua formação se consolida das normas locais.

A criatividade dos negociantes internacionais ao realizarem suas transações, no que se refere à aplicação de leis, vem enfraquecendo a tutela das normas internacionais pré existentes. Atualmente, os usos e costumes vem abrindo caminhos para o desenvolvimento do comércio internacional, sem contudo, infringir os preceitos legais existentes.

Segundo Kassis “on peut-tenir pour évidente que si la lex mercatoria peut-être choisie comme loi du contrat d’État, elle devrait pouvoir l’être au même titre dans un contrat international entre deux personnes privées: l’un et l’autre sont des contrats comportant des “rapports économiques internationaux”. La résolution est donc en définitive une consécration par l’Institut de Droit International, de la doctrine de la lex mercatoria pour tous les contrats économiques internationaux”¹²⁰.

Segundo o autor acima citado, ao analisar a tipologia dos sistemas de resolução de conflitos do Instituto de Direito Internacional de Atenas em 1979, observa-se que o sistema então adotado constitui inequívoco apoio à teoria da “lex mercatoria”, cuja

¹¹⁸ Idem, p. 79.

¹¹⁹ Ibidem, p. 79.

¹²⁰ KASSIS, A. op cit, p. 542.

denominação, embora não reconhecida expressamente, quando determinou-se que as partes poderiam escolher o sistema ou norma internacional a ser aplicado quando fossem contratar.

Irineu Strenger ao comentar a análise feita por Kassis, conclui de forma definitiva que a “lex mercatoria” tem como característica inerente à sua natureza encaminhar a solução dos problemas do comércio internacional, para terreno próprio, no qual se edifica toda estrutura que deve disciplinar suas relações, daí a propriedade de se falar da “lex mercatoria” como fenômeno metanacional.¹²¹

5.3 – Críticas à aplicação da “lex mercatoria”

Entre os doutrinadores do direito internacional, Antoine Kassis, é o maior crítico existente da “lex mercatoria”. O autor realizou minucioso estudo a respeito de sua aplicação e defende que a mesma não existe com as estruturas e significações que lhe dão seus defensores. Irineu Strenger apresenta os elementos fundamentais do posicionamento de Kassis, e os critica, tanto do ponto de vista teórico como prático, os quais passamos a transcrever e analisar.

“A começar pela natureza dos usos comerciais, Kassis se coloca em estado de perplexidade diante do modo pelo qual os internacionalistas privatistas abordam o problema, considerando ambíguo e impreciso o conceito adotado. Seu raciocínio o conduz a defender uma inevitável distinção entre usos e costumes, os quais o autor considera o cerne de toda sua oposição a aplicação da “lex mercatoria”.

A crítica de Kassis aborda as obras de Batiffol e Lagarde, dizendo que os autores colocam em dúvida a possibilidade de formação de um direito privado internacional comum, pois consideram a aplicação de regras, usos e costumes totalmente possíveis, sem no entanto, explicar como. Citando Goldman o autor menciona que sua síntese circunstanciada e coerente é contestável, pois a assertiva de que o costume e usos comerciais se

constituem em regras costumeiras demonstra que tal regra seria estrangeira ao direito nacional.”

122

Strenger comenta que a exigência implícita que faz Kassis para sua tese é de que toda eficácia resultante dessa conduta só pode resultar da liberdade contratual e da livre adesão. Mas, segundo ele, é exatamente isso, em que tal procedimento desfaz a “lex mercatoria”. E, acrescenta, quem assina um contrato, conhece por si ou por seus assessores seu conteúdo, e são suas expressões que valem, e não o formalismo da adesão.¹²³

Da mesma maneira, não é sustentável a crítica de Kassis à regra *pacta sunt servanda*, assumida pelo comércio internacional e admitida por Goldman como emanadora da força obrigatória que envolve as partes, pois o sentido desse princípio é de algo que paira acima das vontades individuais, para dar guarida aos ajustes, sejam eles de que origem forem.¹²⁴

Strenger ressalta ainda, que outro exagero de Kassis é contrapor à “lex mercatoria”, a fim de contestar a qualidade jurídica de sua atuação, a autoridade autêntica do Estado como fonte da legislação em escala nacional como aplicável em todas as circunstâncias, o que também não é verdade absoluta, porque a autoridade do comércio internacional decorre de sua particular conjuntura – tanto assim que a jurisprudência dos Estados tem muitas vezes afastado a incidência de normas internas, admitindo o prevalecimento de regras nacionais do comércio internacional – e todas as condições exigíveis para caracterizar a juridicidade de uma regra de direito são encontráveis na obra da autoridade profissional, com o mesmo teor de coercitividade, mediante utilização de outros instrumentos. E, finaliza sua crítica, concluindo que a preocupação com a diferença de tratamento não é importante se os fins podem ser satisfatoriamente obtidos.¹²⁵

¹²¹ STRENGER, Irineu. op cit, p. 81.

¹²² Idem, p. 122.

¹²³ Ibidem, p. 123.

¹²⁴ Ibidem, p. 123.

Importante ressaltar que Strenger em sua crítica às afirmações de Kassis, observa que considerar a “*lex mercatoria*” como um sistema jurídico, é outro exagero, pois ela é considerada pela doutrina atual um processo em constante movimento de contínua elaboração, cujas estruturas ainda estão sendo definidas.

Não há como atribuir à *lex mercatoria* impropriedades com base em método comparativo, sendo que, mesmo que alguns princípios de *lege lata* sejam regras de direito comuns aos sistemas nacionais, a realidade concreta do comércio internacional se formou espontaneamente, constituindo-se de princípios que vão se formando de acordo com as necessidades próprias do comércio.

Concluimos, apoiados no pensamento do citado autor, que fatalmente a *lex mercatoria* chegará a ser um sistema jurídico completo, seja pelas vias de seus próprios recursos, seja pela via de *lege ferenda* nos sistemas nacionais, os quais se verão forçados a editar leis especiais para atender ao comércio internacional, seja pela intensificação das relações internacionais com o escopo de uniformizar o direito, seja por meio de convenções, seja por tratados.¹²⁶

¹²⁵ Ibidem, p. 124.

¹²⁶ Ibidem, p. 124.

CAPÍTULO VI

AS REGRAS BRASILEIRAS SOBRE A LEI APLICÁVEL AOS CONTRATOS INTERNACIONAIS

6.1 – Breve Histórico

A legislação brasileira tradicionalmente se consubstancia na disciplina das “normas sobre aplicação de outras normas” em lei específica que antecede ao Código Civil, nos mesmos moldes do direito alemão que já desde o século passado possuía uma Lei de Introdução, reformada em 1986, e contrariamente à Suíça, que disciplina as normas de sobredireito em código separado, intitulado, “Código de Aplicação de Normas”.¹²⁷

Em 1916, a primeira Lei de Introdução fundamentou-se no anteprojeto de Beviláqua, posteriormente esta lei foi modificada e revogada pelo Decreto – Lei 4657/42, que é nossa atual Lei de Introdução. Em 1962, começou-se um estudo para elaborar um projeto que viesse modificar a atual Lei de introdução, sendo nomeado o prof. Haroldo Valladão para a criação de um anteprojeto, o qual continha matérias de amplo alcance nos mais variados ramos do direito, semelhante ao já citado Código Suíço. O projeto apesar de bem confeccionado, foi apresentado para votação no Congresso e, infelizmente, não obteve aprovação.

¹²⁷ Fiorati, Jete Jane. As inovações no direito internacional privado brasileiro presentes no projeto de lei de aplicação das normas jurídicas. Revista de Estudos Jurídicos, Unesp, Franca, 1996.

Consequentemente, permanece atualmente a necessidade de atualização e sistematização da Lei de Introdução vigente, principalmente em relação à aplicação de normas. Por isso, em 1987, durante o I Congresso Brasileiro de Direito Internacional Privado aprovou-se uma moção que sugeria ao governo federal a elaboração de um anteprojeto de lei que substituísse nossa atual Lei de Introdução. Em 1994, uma comissão foi nomeada pelo Ministério da Justiça para criar um anteprojeto, o qual foi apresentado ao Congresso Nacional em 1995, onde até o momento aguarda análise e votação.

6.2 – Lei Geral de Aplicação de Normas Jurídicas – Anteprojeto de 1962

Conforme podemos observar em sua denominação, o Anteprojeto de 1962 foi criado com o objetivo de ser, segundo Haroldo Valladão, seu autor, um diploma autônomo e amplo, uma Lei Geral, independente, sobre as fontes do direito, com as respectivas normas básicas, de grande relevância especialmente num estado de organização federativa qual o Brasil, versando a hierarquia, vigência e territorialidade, hermenêutica, direito internacional privado, direito intertemporal, e portanto, devido o alcance e abrangência de suas regras, seu criador resolveu denominá-lo Lei Geral de Aplicação de Normas Jurídicas.¹²⁸

O autor apresentou seu Anteprojeto dividido em seis capítulos que abrangiam desde as disposições gerais, passando por capítulos específicos sobre tratados e convenções, decretos e regulamentos, direito internacional privado, direito intertemporal, computação de prazos e disposições finais; sendo todos os temas tratados de forma autônoma de qualquer lei vigente à época de sua criação. Entre as principais modificações que iriam ser trazidas por esse anteprojeto, caso fosse aprovado no Congresso, destacavam-se a publicação imediata das leis pela ordem da promulgação; a sua ampla distribuição em avulsos no Brasil e no exterior; a sua vigência também na plataforma continental; sua revogação por força de costume ou desuso, geral e contínuo, confirmado pela jurisprudência, permitindo participação direta do povo no progresso jurídico; a admissão da escusa de sua ignorância por parte de indivíduos rústicos habitando longe dos núcleos urbanos; a uniformização da jurisprudência através de

Resoluções do Supremo Tribunal Federal, a interpretação na base do bem comum, da justiça social e da equidade; a condenação do abuso do direito, quer por ação, quer por omissão.

O autor ressalta que em matéria de direito internacional privado o Anteprojeto deixou de lado os critérios simplistas e superados, de lei nacional ou de lei de domicílio, sistematicamente para grandes grupos de relações jurídicas; disciplinou-as em categorias mais restritas, buscando outros critérios menos lógicos porém mais justos, equitativos, práticos efetivos, da lei da residência habitual, da lei da situação principalmente dos imóveis, regendo pela lei brasileira a sucessão quanto aos aqui situados, da lei do lugar da execução, da lei mais favorável aos atos, ao filho, ao incapaz, ao alimentando, da lei brasileira em defesa dos interesses do país e dos brasileiros.

Observamos ao estudarmos o Anteprojeto que a intenção de seu criador foi elaborar normas que representassem disposições sobre a Aplicação Geral das Leis, constituindo assunto autônomo, amplo, contendo matérias estranhas à atual Lei de Introdução, nas bases do Código Suíço de Aplicação de Normas, e, acreditamos que justamente por ser tal trabalho tão amplo que acabou por fugir ao seu objetivo maior que seria abordar a aplicação de leis em si mesmas consideradas no tempo e espaço, não foi aprovado pelo Congresso nas duas ocasiões em que foi apresentado para votação em 1970 e 1984.

6.3 – A atual lei de Introdução – Decreto-Lei 4.657/42

Em relação à nossa atual Lei de Introdução, encontramos dentre as obras oportunamente estudadas, os comentários de Maria Helena Diniz, que de forma clara e precisa abordou em seu livro “Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada”, os aspectos mais importantes sobre o tema.¹²⁹ A autora destacou inicialmente a importância de termos bem distintos e definidos a natureza e função da Lei de Introdução, sendo estes os

¹²⁸ Valladão, Haroldo. Direito internacional privado. Livraria Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1968, vol. I.

¹²⁹ ed. Saraiva, São Paulo, 1994.

assuntos que passaremos a analisar neste primeiro momento, para posteriormente passarmos ao estudo mais específico das normas de direito internacional privado abordadas na LICC.

A primeira idéia que todos os autores que estudam tal tema deixam bem clara é a de que a Lei de Introdução não é parte integrante do Código Civil, constituindo tão somente uma lei anexa para tornar possível uma mais fácil aplicação das leis, sendo que sua característica principal é se estender muito além do Código Civil, porque abrange princípios de aplicação de normas, questões de hermenêutica jurídica relativas ao direito privado e direito público e também, normas de direito internacional privado. É autônoma e independente, trata-se de uma norma preliminar à totalidade do ordenamento jurídico nacional.

Segundo a autora supra citada “a Lei de Introdução é uma *lex legum*, um conjunto de normas sobre normas, constituindo um direito sobre direito... Não rege as relações de vida, mas sim as normas, uma vez que indica como interpretá-las ou aplicá-las, determinando-lhes a vigência e eficácia, suas dimensões espaço-temporais, assinalando suas projeções nas situações conflitivas de ordenamentos jurídicos nacionais e alienígenas, evidenciando os respectivos elementos de conexão.”¹³⁰

Em seu conteúdo a Lei de Introdução contém normas relativas à aplicabilidade e incidência de outras normas, disciplina as próprias normas jurídicas, assinalando-lhes o modo de entendimento, predeterminando as fontes de direito positivo, a classificação hierárquica dos preceitos, indicando-lhes os critérios atinentes ao conflito de leis no espaço e no tempo. Além disso, a Lei de Introdução é considerada o Estatuto de Direito Internacional Privado por traçar as diretrizes das relações de direito internacional privado, adequando ao ordenamento jurídico interno as convenções e tratados a que aderiu o Brasil.

Outra questão que devemos ter bem delineada antes de adentrarmos na análise das normas de direito internacional privado contidas em nossa Lei de Introdução, é a aplicação das normas jurídicas, pois as mesmas existem para ser aplicadas, e isso

depende de competência legal, a qual será exercida mediante o acontecimento de um fato concreto que necessite sua subsunção à norma protetora. E, para que ocorra o fenômeno da subsunção, é necessário qualificarmos os casos *sub judice*, suprimindo os problemas de falta de informação do aplicador da norma e a indeterminação semântica dos conceitos normativos, sendo que tais problemas trazem à tona a existência em nosso direito das lacunas de conhecimento, que referem-se aos casos individuais que, por falta de informação fática, o aplicador não sabe se pertencem ou não a uma determinada classe ou tipo, e, as lacunas de reconhecimento, as quais, concernem aos casos individuais que em virtude da indeterminação semântica dos conceitos que caracterizam um caso genérico, o magistrado não sabe se pertencem ou não ao caso em tela. Em resumo, a grande questão a ser sanada é o fato de que, em alguns casos, o magistrado, apesar de saber que o problema que lhe foi apresentado tem solução, ele não sabe qual é, seja por falta de informação ou por abstração da norma.

A autora nos explica que após superados os problemas das lacunas de conhecimento e reconhecimento devemos interpretar a norma que incide sobre o caso analisado, sendo que ao interpretar, poderemos nos deparar com um defeito do sistema normativo que pode consistir na ausência de uma solução, ou na existência de várias soluções incompatíveis, estaremos diante de uma lacuna normativa, na primeira situação, e de uma lacuna de conflito, na segunda. Frente a esse novo problema o aplicador da norma jurídica deve integrar a lacuna da norma jurídica ao caso concreto, conforme a previsão do artigo 4º da LICC.

Há ainda a possibilidade da ocorrência da aplicação de direito incorreto, situação em que prevalecerá o princípio da unidade da ordem jurídica, o qual permitirá a correção do direito incorreto, pois o postulado deste princípio é o da resolução das contradições jurídicas existentes no sistema, e, para isso, o jurista deve utilizar-se da interpretação sistemática, pesquisando os critérios para solucionar a antinomia criada.

Enfim, acreditamos que os comentários acima se fazem necessários antes de analisarmos as normas de direito internacional privado existentes na Lei de

¹³⁰ Op. cit. p.86.

Introdução, pois, acima de qualquer divisão de categorias ou nomenclaturas jurídicas, têm caráter de sobredireito, e portanto, sofrem toda a problemática acima discutida, principalmente, as de direito internacional privado, que são consideradas pela doutrina dominante normas de resolução dos conflitos de lei no espaço e no tempo.

Em relação às normas de direito internacional privado contidas na Lei de Introdução, observamos que as mesmas procuram assegurar a maior gama possível de direitos relacionados às relações entre as nações, sendo que entre as situações que procuram prever e solucionar estão o conflito de jurisdição; os princípios indicativos de critérios para solucionar o problema de qualificação, que ocorre quando duas ordens jurídicas qualificam de modo diverso o mesmo instituto, situação em que o juiz deverá verificar se o ordenamento jurídico contém algum preceito que aponte a lei que confere efeitos jurídicos ao fato concreto. Neste caso, devemos considerar imprescindível para determinar a lei aplicável, o elemento de conexão, por ser prefixado pela lei interna de cada país. Ainda dentro das previsões sobre direito internacional privado contidas na Lei de Introdução encontramos a determinação dos atos realizados no exterior, a condição jurídica do estrangeiro, protegendo o exercício de seus direitos, que dependerá da “lex fori” ou da lei estrangeira segundo o direito internacional do “forum”; tratar da eficácia internacional de um direito legitimamente adquirido em um país que poderá ser reconhecido e exercido em outro.

Antes de analisarmos os artigos da Lei de Introdução ao Código Civil, que especificamente tratam de matérias relacionadas aos contratos internacionais, julgamos necessário fazermos uma breve exposição sobre as matérias correlacionadas, as quais comentaremos de forma sucinta por não fazerem parte do conteúdo que desejamos dar enfoque.

Observamos que a partir do artigo 7º da Lei de Introdução encontram-se a previsão dos institutos acima comentados, os quais se estendem até seu último artigo. De início, a Lei estabelece a doutrina da extraterritorialidade para a aplicação da lei em território de outro Estado, de acordo com o estabelecido em princípios e convenções internacionais, mas existem restrições para que se observe os princípios da soberania nacional, a

ordem pública e os bons costumes. Há também, neste artigo a previsão do estatuto pessoal, situação jurídica que rege o estrangeiro pela lei de seu país de origem, este estatuto pode se basear na lei da nacionalidade ou do domicílio. Nossa Lei determina que os direitos pessoais sejam disciplinados pela lei do domicílio, o que acreditamos ser o correto, pois, o Brasil é um país de imigração tem o interesse de sujeitar o estrangeiro aqui domiciliado à sua lei, integrando-o à vida nacional. Mas, a autora inicialmente citada, adverte que em virtude do art. 7º da Lei de Introdução vigente o estatuto pessoal é regido pela lei do domicílio ou na sede jurídica da pessoa, ou seja, na lei do país onde ela está domiciliada, e, o intérprete ou aplicador só irá obter a qualificação jurídica do estatuto pessoal e a dos direitos de família após chegar à análise da lei do país onde estiver domiciliada a pessoa. A autora esclarece ainda, que o órgão judicante deverá aplicar, quando for o caso, o direito alienígena em razão da determinação da *lex fori*, não podendo desprezá-lo para acolher o direito interno.¹³¹ Dentro deste contexto o art. 7º trata também do estado civil e lei domiciliar, da *lex loci celebrationis* e o casamento, do casamento do estrangeiro perante a autoridade diplomática ou consular, da invalidade de casamento de pessoas com domicílio comum ou com domicílios diferentes, declaração da putatividade nulo ou anulável, do casamento de funcionário diplomático ou consular, da lei disciplinadora das relações patrimoniais entre cônjuges, do regime matrimonial de bens de brasileiro naturalizado, do divórcio realizado no estrangeiro e seu reconhecimento no Brasil, do domicílio internacional legal dos incapazes e exceção à unidade do domicílio conjugal e do adômide e concurso sucessivo de elementos de conexão.

O art. 8º da Lei de Introdução trata da qualificação de bens e doutrina da territorialidade e da extraterritorialidade e determina que se aplique aos bens a lei do lugar em que estiverem situados, abrangendo as matérias relacionadas ao conflito de leis interestapacial alusivo aos direitos reais, extraterritorialidade e regime de bens móveis sem localização permanente. A partir do art. 9º é que constatamos a determinação de regras relacionadas especificamente com os contratos internacionais do comércio, pois, observamos a previsão da lei do local da celebração do ato como norma cogente a ser aplicada às obrigações.

¹³¹ DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 86.

Acreditamos que esta norma dentre todas as outras é a de maior importância para a regência e aplicação dos contratos internacionais do comércio tendo em vista que ela determina de forma obrigatória a lei a ser seguida na realização das obrigações, mas, no entanto, deixa a faculdade de se escolher em que local as partes poderiam estar celebrando sua convenção permitindo assim uma certa autonomia. Em seu parágrafo 1º, o art. 9º impõe a aplicação da lei do local da celebração ao admitir as peculiaridades da lei do local da constituição da obrigação, mas, determina o respeito à lei brasileira relativamente à forma essencial consagrada pela nossa legislação, se tiver a referida obrigação de ser executada em nosso Estado. Em seu parágrafo 2º, o art. 9º prevê que a obrigação resultante do contrato será considerada constituída no local em que residir o proponente, pois, esta norma vislumbra a possibilidade dos contratantes residirem em Estados diferentes, não importando o momento e o local da celebração contratual.

O art. 10 trata da teoria da unidade sucessória, da lei do domicílio do “de cujus” na sucessão “causa mortis”, da comoriência, da morte presumida e sucessão, da lei disciplinadora da capacidade para suceder do herdeiro e do legatário, da execução de testamento feito no exterior e da variação de ordem de vocação hereditária em benefício de cônjuge ou filhos brasileiros. O artigo em seu “caput”, adotou a teoria da unidade sucessória para a solução de eventual conflito de leis que possa surgir em decorrência da sucessão, estabelecendo que enquanto não se efetivar a partilha, os bens do falecido ou do ausente constituirão um conjunto da projeção econômica da personalidade do autor da herança. O princípio da universalidade sucessória, em direito privado, deve corresponder ao da unidade em direito internacional privado, a sucessão “causa mortis”, deverá ser regida pela lei do domicílio, sendo da mesma forma em casos de morte presumida, conseqüentemente, este princípio traz vantagens aos beneficiários, pois, simplifica as questões relativas aos direitos dos sucessores.

O art. 11 da Lei de Introdução ao Código Civil trata da sociedade e da fundação particular, sendo que na seara do direito internacional privado nos confrontamos com a questão de se saber qual o direito que se deve seguir ao se apreciar a constituição, o

funcionamento e a dissolução de sociedade e fundação, tendo-se em vista que a pessoa jurídica poderá ter sido constituída em um determinado país para exercer suas atividades em outro Estado; os sócios poderão ter várias nacionalidades ou até mesmo domicílios em outros países; o capital social poderá estar subscrito em vários Estados; a sede da pessoa jurídica pode estar em dado país; e o exercício da atividade em outro. O Brasil para solucionar tal questão, determinou nesta norma que se aplique o direito vigente no local de constituição da sociedade ou da fundação, pouco importando a lei do lugar onde se dá o exercício de sua atividade. Assim acreditamos que o art. 11 ao ordenar a aplicação da lei do lugar da constituição das sociedades e fundações, veio a permitir que se reconheçam como existentes as pessoas jurídicas de acordo com critérios de leis estrangeiras, constituídas de conformidade com tais leis.

O art. 12 da Lei de Introdução prevê o critério de determinação da competência internacional e a questão do conflito de jurisdição, da territorialidade das leis de organização e competência dos tribunais, do direito do estrangeiro ao acesso aos tribunais brasileiros, da competência eventual dos tribunais estrangeiros e da competência geral brasileira necessária. Segundo sua previsão o réu domiciliado no Brasil, seja de que nacionalidade for, sujeitar-se-á à competência da autoridade judiciária brasileira, no entanto, poderá ocorrer a competência estrangeira eventual, se o réu não for domiciliado no Brasil, se a obrigação não tiver que aqui ser executada e se o litígio não versar sobre imóvel aqui situado.

Consideramos importante salientar frente às disposições do presente artigo que o direito processual civil internacional trata do conflito entre as normas processuais de vários Estados, fixando preceitos alusivos à competência, à jurisdição, à tramitação dos juízos e à execução das sentenças estrangeiras, com o intuito de assegurar aos particulares, no âmbito do direito internacional privado, a preservação de seus direitos adquiridos. A competência internacional determinará o poder do tribunal de um Estado para conhecer o litígio que se lhe submete e para prolatar sentença em condições de receber o “exequatur” em outro país. Cada estado, ao delimitar sua competência internacional, deverá considerar dois princípios fundamentais: o da efetividade, que estabelece ser o juiz incompetente para proferir decisão que não tenha possibilidade de ser executada, e o da submissão, que

estabelece que em certas hipóteses mais ou menos limitadas uma pessoa poderá sujeitar-se, voluntariamente, a uma jurisdição a que não estaria normalmente submetida.

É importante termos em mente que na rotina do comércio internacional, não será possível determinar a competência do tribunal de qualquer país, não se poderá falar em norma de competência internacional, pois o que realmente há é o direito de um Estado recusar sua competência quando um determinado fato não tiver qualquer relação com a jurisdição local ou quando, pelo domicílio das partes litigantes ou situação dos bens, o tribunal verifique que não terá meios para executar sua decisão. Por isso, as normas que devem ser consideradas são as locais, de cada jurisdição, determinando, ante os fatos se essa jurisdição local é, ou não, a competente para apreciá-los.

O art. 13 da Lei de Introdução do Código Civil, disciplina a prova dos fatos em território estrangeiro, determinando a lei do local onde tais fatos ocorreram como norma a ser seguida, ressaltando, entretanto, que quanto ao modo de produzi-las deve-se atender o princípio da territorialidade, pois o direito pátrio não admitirá qualquer prova produzida por meios desconhecidos, ou melhor não reconhecidos, por nossa legislação. Por isso, é que no esteio deste artigo, encontramos no art. 14, a determinação de princípios e teorias que vem disciplinar a aplicação do direito estrangeiro ao litúgio, mesmo que as partes não queiram e o magistrado, pois, diante de um caso de direito internacional privado, o juiz deverá decidir se lhe é aplicável o direito brasileiro ou o estrangeiro.

O art. 15 da Lei de Introdução trata da eficácia da decisão judicial limitada à jurisdição de sua prolação e da força executiva de sentença estrangeira, determinando que em razão da independência das jurisdições, as sentenças prolatadas em um país, somente terão efeito em nosso território se submeterem-se a uma apreciação da jurisdição local, sendo que a jurisdição local aceitará a sentença estrangeira como produto de um tribunal, mas a submeterá a exame preliminar, que indicará se ela poderá ou não, ser executada. Portanto, o que na verdade nossa legislação exige é a homologação da sentença estrangeira, a qual conferirá força à sentença, ordenando sua execução. Para ter validade é necessário que sejam

seguidos todos os requisitos previstos pelo art. 15, quais sejam: haver sido proferida por juiz competente; terem sido as partes citadas ou constatar-se sua revelia; ter passado em julgado e estar revestida das formalidades necessárias para a execução no lugar em que foi proferida; estar traduzida por intérprete autorizado; ter sido homologada pelo Supremo Tribunal Federal.

Quando todos os requisitos da sentença estrangeira tiverem sido seguidos e a mesma for homologada, deparamo-nos, neste momento com a disposição do art. 16, que determina que para sua execução, após seguidos os requisitos previstos no art. 15, devemos considerar a lei estrangeira, sem no entanto observarmos qualquer remissão por ela feita, encontramos neste artigo a proibição de nossa legislação do princípio do reenvio, o qual ocorre quando duas ou mais poderão ser aplicadas ao mesmo caso. O reenvio pode ocorrer normalmente em casos de resolução de conflitos de qualificação de relações jurídicas; onde substitui-se a lei nacional pela estrangeira, desprezando o elemento de conexão apontado pela ordenação nacional. O reenvio somente ocorrerá quando nos depararmos com conflitos de qualificação, que podem ser positivos, se as normas de direito internacional privado de dois ou mais Estados conferirem competência ao seu respectivo direito material para regular determinada relação jurídica, sendo que a solução se dará por dois modos, a renúncia ou a obrigatoriedade da norma a ser aplicada. O segundo tipo de conflito que pode surgir é o negativo, quando tanto a norma do Estado julgador quanto a norma de outro Estado, determinarem que é aplicável a lei do outro Estado. Estes conflitos podem ser solucionados através do reenvio ou pela referência ao direito material estrangeiro.

Mas, conforme comentado anteriormente, o art. 16 proíbe a aplicação do reenvio, estabelecendo normas sobre qualificação de fato interjurisdicional, que deverá ser encarado como sendo norma interpretativa em que se adotou a teoria da referência ao direito material estrangeiro, pela qual as normas de direito internacional privado se referem ao direito material e ao direito estrangeiro, sendo que o magistrado deverá encontrar a solução de acordo com as normas do direito internacional privado interno.

O art. 17 da Lei de Introdução determina os limites da extraterritorialidade da lei a ser aplicada em nosso território, sendo que o órgão judicante deverá averiguar se sua aplicabilidade não ofenderá os princípios de nossa organização política, jurídica e social, ou seja, a soberania nacional, a ordem pública ou os bons costumes, portanto, qualquer lei a ser aplicada no ordenamento jurídico nacional não poderá ensejar ofensa a tais princípios, caso contrário será afastada a sua aplicação. E os arts. 18 e 19, tratam da competência do cônsul e da lei reguladora dos atos por ele praticados no caso de brasileiros residentes no estrangeiro, bem como da validade dos atos por esta autoridade praticados.

Consideramos importante mencionarmos os artigos da Lei de Introdução ao Código Civil, tendo em vista que as leis relacionadas ao nosso direito internacional privado somente ali se encontram elencadas, principalmente as relativas aos contratos internacionais do comércio; e também porque é considerada um direito sobre direito que rege a atuação de nosso ordenamento jurídico e por conter normas de competência internacional da autoridade judiciária brasileira e de competência eventual de tribunal estrangeiro, e ainda, disposições normativas que proporcionam a estabilidade das relações extraterritoriais, que venham a resolver os conflitos oriundos da concorrência de leis no espaço, que possibilitem averiguar qual a mais adequada ao caso concreto em julgamento ao apontar critérios para fixar a competência jurisdicional, ao indicar o elemento de conexão, o qual será determinado pela lei do foro. Contendo normas de direito internacional privado que tem como objetivo não só a qualificação direta de uma dada relação jurídica, ante a possibilidade de conflito de qualificações, decorrente da concorrência de normas substanciais, solucionando a problemática da eleição da norma qualificadora aplicável, mediante a indicação do elemento de conexão.

6.4 – O projeto de Lei de Aplicação de Normas Jurídicas – Projeto 4905/95

“O Projeto de Lei 4905/95 tem uma sistematização consentânea às modernas doutrinas, pátria e alienígena acerca do conflito de leis, divididos em capítulos que disciplinam a norma jurídica em si mesma considerada e sua interpretação ou hermenêutica jurídica, conflito de leis no tempo ou direito intertemporal e conflito de leis no espaço ou direito

internacional privado, reservando alguns de seus artigos para as questões conexas como o reconhecimento de sentenças estrangeiras e o reconhecimento de direitos adquiridos no exterior...” . Utilizando-nos das palavras da professora Jete Jane Fiorati, em artigo publicado na revista jurídica da Unesp, iniciamos nossa análise sobre o Projeto de aplicação de normas jurídicas, ressaltando que até o presente momento, esta foi a única obra encontrada que trata do tema, por isso, nos basearemos em tal artigo para realizar o estudo acima mencionado.

Segundo o artigo, a grande preocupação que pode-se constatar ao lermos o Projeto, foi a de atualizar a Lei de Introdução quanto à disciplina jurídica do Direito Internacional Privado, visando a conciliação entre o Direito Internacional Privado Interno e o Direito Internacional Privado Uniformizado, com também, a incorporação da evolução doutrinária e jurisprudencial interna e internacional e a prática dos países acerca do sobredireito.

Em relação aos contratos internacionais do comércio, o Projeto 4905/95 trouxe grandes modificações como, por exemplo, a aceitação do reenvio, que atualmente é proibido. De acordo com o artigo já citado, observamos a correção de impropriedades no texto da atual Lei de Introdução que confunde os processos da qualificação e da utilização das regras de conexão, deixando claro a importância e a diferença entre ambas no processo de determinação da lei aplicável a uma situação jurídica quando potencialmente normas provindas de dois ordenamentos jurídicos distintos puderem ser aplicadas, bem como um tratamento equânime e fundamentado na prática jurisprudencial pátria acerca da aplicação e prova do direito estrangeiro.¹³²

No que se refere aos contratos internacionais, o Projeto determina que os contratos realizados no exterior sobre bens situados no Brasil serão registrados no território brasileiro desde que cumpram as formalidades exigidas pela lei local da celebração do contrato ou pela lei que as partes escolherem para reger as suas formalidades. Observamos que tal disposição solucionou a dúvida que sempre pairou em relação ao reconhecimento ou não da autonomia da vontade das partes que prevalece na Lei atual, pois, a doutrina atual não afirma

categoricamente se é possível que as partes tenham essa autonomia, tendo em vista que a previsão do art. 9 da Lei de Introdução não esclarece sua adoção, mas abre uma lacuna para uma interpretação nesse sentido. Por isso entendemos que ao adotar a vontade das partes como critério geral para a determinação da lei aplicável à forma e ao conteúdo dos contratos o Projeto permite a aplicação do princípio da autonomia da vontade, mesmo que ao mesmo tempo possa suscitar questionamentos quanto à escolha da lei a ser aplicada, ou seja, o critério que seria utilizado pelas partes, que poderia ensejar a escolha de uma norma que não teria vínculos com o contrato. Mas, ainda assim, acreditamos que existe na doutrina internacional posicionamentos que podem ser seguidos para dirimir tal questão, como a previsão da *depeçage*, na doutrina francesa, ou ainda, segundo este mesmo ordenamento, que prevê que a autonomia da vontade na escolha da lei aplicável será limitada por um leque de leis que tenham conexão com o contrato.

A professora Jete Jane nos chama atenção alertando que “..mesmo naqueles casos onde se determina um critério de conexão preciso como a *lex loci contractus* ou a *lex loci executionis* este é pouco cumprido, porque não atende a todos os casos. Outra observação importante se dá naqueles casos em que as partes escolhem a lei, que são a maioria, nestes casos as partes dificilmente escolhem leis internas, convenções internacionais ou até princípios gerais do comércio internacional, que hoje se incluem na moderna *Lex Mercatória* que não tenham vínculos estreitos com o contrato.”¹³³ A autora explica que isto ocorre em detrimento da praticidade para os contratantes de conhecerem os termos da lei que regerá o contrato.

Conforme mencionamos anteriormente, outra grande modificação trazida pelo Projeto, no que diz respeito às obrigações internacionais, é a adoção do reenvio, sendo que em seu art. 15 disciplina o reenvio de primeiro grau, no “caput”, e o de segundo grau é previsto em seus parágrafos. Há também inovação no art. 16, onde o Projeto disciplina a existência de uma regra geral para qualificar as leis a serem aplicadas nos contratos, que é a “*lex fori*”, sendo excepcionada quando tratar-se de bens móveis, caso em que se utilizará a “*lex*

¹³² Op. cit.

¹³³ Op. cit. p.96.

causae”. Outro grande avanço encontrado no Projeto, em seu art. 14, é a especificação de que a lei estrangeira indicada pelas regras de conexão será aplicada “ex officio”.

Enfim, dentre os temas que se relacionam com os contratos internacionais do comércio, entendemos serem os artigos acima explicitados os que tem maior conexão com o trabalho ora estudado, e, podemos concluir que, apesar de ainda não ter sido votado e analisado pelo Congresso Nacional o Projeto 4905/95, veio atender as necessidades prementes do ordenamento jurídico brasileiro, pois, adapta de modo eficaz a prática do comércio internacional e as normas internacionais ao conteúdo de nosso ordenamento jurídico atual. Portanto, entendemos que sua aprovação já se faz tardia para que o Brasil possa efetivamente ter uma participação adequada no cenário do comércio internacional.

CAPÍTULO VII

AS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS SOBRE APLICAÇÃO DE LEIS AOS CONTRATOS INTERNACIONAIS DO COMÉRCIO

7.1 – A Convenção de Roma sobre Lei aplicável às obrigações contratuais de 1980

A Comunidade Européia sempre procurou caminhos que promovessem a maior harmonização e unificação possível dos ordenamentos jurídicos dos Estados-membros, por isso ocorreu a Convenção sobre Lei aplicável às obrigações contratuais, a qual entrou em vigor em 1991, representando uma grande mudança no direito conflitual dos países signatários no que diz respeito aos contratos internacionais, passando a ser lei aplicável não só nos casos dos países signatários, mas também naqueles em que a regra de conexão aplicável a um contrato internacional indique a lei de um dos países como sendo a lei que regerá o caso concreto.

No livro Direito e Comércio Internacional, cuja coordenação foi encabeçada por Paulo Borba Casella, Henry Lesguillons¹³⁴, deu sua colaboração de forma magnífica, apresentando um artigo minucioso acerca da Convenção de Roma de 1980, sobre aplicação de leis aos contratos internacionais do comércio, obra que utilizaremos como base de nossa análise do tema ora referido. Segundo o autor, a Convenção de Roma visa os contratos e os atos jurídicos a ele relacionados, em seu art. 9º, encontramos a previsão de um sistema bastante flexível, repousando na aplicação alternativa da lei do lugar de conclusão do contrato e daquela que rege as obrigações em relação ao fundo.

Na convenção, a vontade tem por objeto determinar a lei aplicável e não somente localizar o contrato. Assim, essa é uma escolha de Direito Internacional Privado, pois o direito escolhido vai regê-lo. Por isso, também não se pode falar de escolha de uma lei não estatal, como regras de “lex mercatória”. A convenção determinou três formas para estabelecer a lei aplicável. A primeira é a liberdade das partes em escolher a lei aplicável,

¹³⁴ Lesguillons, Henry. Direito e Comércio Internacional. Coordenação Paulo Borba Casella, Ltr, São Paulo, 1994.

consagrando, definitivamente, o princípio da autonomia da vontade, em seguí determina o princípio da lei mais proximamente conectada com o contrato para quando as partes não tiverem efetuado a escolha da lei aplicável, considerando que a conexão mais estreita é princípio de difícil aplicação, podemos observar que segundo o posicionamento da doutrina internacional, a Convenção adotou algumas presunções com base na teoria da prestação característica, pela qual o contrato é mais proximamente conectado com a lei do país onde deverá ser prestada a parcela da obrigação mais característica daquele contrato.

Nádia Araújo comenta que a fórmula para determinar a prestação característica tem sido criticada por ser difícil encontrar uma solução na medida em que o contrato se mostra mais complexo, e acrescenta, que a tal dispositivo falta racionalidade, pois, não há motivo plausível para determinar como mais característico numa venda o ato de vender, e não o ato de comprar ou pagar. A autora explica que a teoria em questão, em vez de determinar a lei com a qual o contrato está mais proximamente conectado, na verdade coloca aleatoriamente um fator preponderante aos demais.¹³⁵ Ainda, segundo a autora, no artigo 10, a Convenção lista algumas questões que devem ser tratadas pela lei aplicável, mas não a considera exaustiva, e diz, que como limitação a essa liberdade, tão somente os casos em que a escolha ferir a ordem pública ou quando as regras do foro de caráter imperativo impedirem a aplicação da norma encontrada através da escolha feita pelas partes.

Entendemos, de acordo com o comentário acima, que a Convenção não exige como pressuposto da validade da eleição da lei aplicável que exista uma conexão relevante entre esta e o contrato, por isso, a opção por um direito nacional, seja ele de uma das partes ou de um terceiro país, exige dos contratantes uma pesquisa de direito comparado para definir aquele que melhor se adapta à relação jurídica em questão. A Convenção dispõe também acerca da “lex mercatoria”, deixando claro que, por causa das incertezas de sua utilização, a tendência das empresas é sempre de escolher uma lei nacional, com uma certa reticência a deixar a solução ser tomada por equidade.

Enfim, a doutrina pesquisada entende que mesmo sendo uma Convenção de âmbito europeu e esteja em vigor apenas na Europa, é um importante exemplo no campo da uniformização do Direito Internacional Privado porque há, entre os países signatários, representantes do sistema jurídico de direito civil e de direito consuetudinário, o mais importante, é que tem ainda servido de exemplo para várias tentativas de harmonização de regras de conflitos regionais, como por exemplo, a Convenção do México, que se espelhou na Convenção de Roma.

7.2 – As Convenções de Haia sobre a lei aplicável às obrigações contratuais de 1984

No decorrer de suas atividades, a Conferência de Haia de Direito Internacional Privado produziu algumas convenções relativas ao direito dos contratos nas quais se promoveu a adoção do princípio da autonomia da vontade. As convenções em questão são sobre a lei aplicável à venda de objetos móveis, de 1995; sobre a transferência de propriedade de 1958; sobre a lei aplicável aos contratos de intermediários e representação, de 1978; sobre a lei aplicável aos contratos de venda internacional de mercadorias, de 1986. Ressaltamos que dentre as convenções mencionadas, analisaremos somente aquelas relativas aos contratos internacionais. Portanto iniciaremos nossa exposição com a Convenção sobre a Lei Aplicável às Vendas de Caráter Internacional de Objetos Móveis, a qual dedicou-se aos conflitos de leis, sendo a primeira convenção que estabeleceu, na designação da lei aplicável ao contrato, o critério da autonomia da vontade como fator de conexão principal, estabelecendo em seu artigo 2º, parágrafo 1º que a venda é regida pela lei interna do país designado pelas partes contratantes.

Esta convenção determinou, também, como critério, à falta de escolha, o da residência habitual do vendedor. A doutrina internacional comenta que esse critério foi muito criticado à época da elaboração da convenção, especialmente pelo governo alemão, que entendia como excessivamente benéfica ao vendedor tal escolha.

Posteriormente, a Conferência de Haia promoveu a realização da Convenção de 1955 sobre a Lei Aplicável aos Contratos de Venda Internacional de

¹³⁵ Araújo, Nádia. Contratos Internacionais. Renovar, Rio de Janeiro, 1997.

Mercadorias, de 1986. Esta Convenção não entrou em vigor e sua elaboração foi contemporânea à da Convenção de Viena sobre a Compra e Venda Internacional, da UNCITRAL, finalizada em 1980. Por isso, decidiu-se que essa nova convenção de Haia deveria caminhar de forma consistente com as regras uniformes da UNCITRAL, razão por que utilizou linguagem similar à de Viena em diversos aspectos.

No que se refere à autonomia da vontade, seguiu as mesmas linhas da anterior e estabeleceu, no seu artigo 7º, que a lei aplicável ao contrato seria aquela escolhida pelas partes, de forma expressa e inequívoca no contrato, ou a partir de seu comportamento. Acresce ainda que esta escolha pode dizer respeito a todo o contrato, ou apenas a parte dele. Na ausência de escolha, o critério utilizado foi o do estabelecimento do vendedor no momento em que o contrato fosse concluído. Manteve, em quase todos os aspectos, o sistema da Convenção de 1955, e, estabeleceu o domínio de aplicação da lei no seu artigo 12, e os limites a essa aplicação somente quando manifestamente incompatível com a ordem pública.

De acordo com a doutrina pesquisada, as convenções acima mencionadas, apesar de sua pequena aceitação, foram importantes para estabelecer a primazia da autonomia da vontade em tentativas de uniformização internacionais, que posteriormente tiveram grande influência sobre a legislação posterior, tanto interna quanto internacional.

7.3 – A Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável às obrigações contratuais de 1984 – Convenção do México

Antes de iniciarmos a análise da referida convenção, entendemos ser necessária a explicação acerca das conferências realizadas no âmbito das Conferências Interamericanas sobre contratos internacionais, pois foi das discussões realizadas nessas conferências que se originou a Convenção do México.

Antenor Madrugá Filho, nos explica que a Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais foi elaborada no âmbito da

V Conferência Especializada Interamericana sobre Direito Internacional Privado, realizada no México. Essas conferências são preparadas sob a orientação da Organização dos Estados Americanos, a OEA, no intuito de harmonizar determinadas áreas de direito interno dos países do continente americano. A I CIDIP ocorreu no Panamá, em 1975, seguida da II CIDIP, em 1979, no Uruguai; da CIDIP III, em 1984, na Bolívia; da CIDIP IV, em 1989, no Uruguai, e, finalmente, da CIDIP V, em 1994, no México. Desde a primeira conferência ou convenção vinte e três protocolos foram aprovados, regulando uma extensa área das relações privadas internacionais, muitos já incorporados aos ordenamentos jurídicos de vários países.¹³⁶ Infelizmente, o Brasil apesar de ter participado de todas essas Convenções, não ratificou nenhuma delas.

A V Conferência Especializada sobre Direito Internacional Privado, teve como tema principal os contratos internacionais, sendo que uma Comissão foi nomeada para realização de estudos relacionados ao tema, a qual tinha como vice-presidente o prof. Grandino Rodas, do Brasil. Com relação à autonomia da vontade, muitas delegações manifestaram sua opinião positiva no sentido de se adotá-la nas legislações internas dos países membros, sendo que esse posicionamento representou um grande avanço sobre as bases iniciais da Convenção, resultando em um trabalho muito moderno, sendo considerada pelos juristas internacionais mais atual e menos complicada que a Convenção de Roma de 1980.

A Convenção aplica-se somente aos contratos internacionais, contendo uma qualificação autônoma e restritiva, declinando, uma lista de situações concretas às quais não se aplica. Ao mesmo tempo, inova ao estabelecer uma definição para o seu campo de aplicação especial, o que modificará as legislações internas dos países americanos nesse sentido, quando entrar em vigor, possuindo um caráter uniformizador muito importante. Trata-se de uma regra de caráter substantivo que substituirá a norma de direito positivo interno, com relação aos contratantes, definindo o contrato internacional nas legislações desprovidas de tal norma, como é o caso da brasileira, que tem se valido de definição negativa, sem no entanto, estabelecer nenhum

¹³⁶ Filho, Antenor P. Madruga. Contratos Internacionais e Direito Econômico no Mercosul. Coordenação de Paulo Borba Casella. Ltr, São Paulo, 1996.

critério definitivo como parâmetro a ser aplicado em casos que envolvam contratos internacionais.

A Convenção do México estabelece dois critérios para a definição de um contrato internacional, o primeiro é o geográfico, quando a residência habitual ou o estabelecimento comercial das partes for localizado em países-membros distintos; o segundo, quando o contrato tiver pontos de contatos objetivos com mais de um Estado-parte. Também contém uma norma de âmbito especial, consagrada em seu artigo 2º, definindo seu caráter como universal, pois estabelece que o direito designado pela convenção será aplicável, mesmo que se trate do direito de um Estado não parte.

Com relação à lei aplicável, a Convenção contemplou a autonomia da vontade das partes, quase na mesma forma estabelecida pela Convenção de Roma, aceitando, inclusive, o “dépeçage” voluntário, a escolha de uma lei sem vínculo com o contrato, a possibilidade de sua modificação posterior, e a admissão da escolha tácita, quando evidente. Para alguns doutrinadores, a Convenção permite, além da escolha de um direito estatal, a escolha de um conjunto de princípios ou da “lex mercatoria” para reger um contrato, o que não é possível pela Convenção de Roma.

Nádia Araújo, comenta que alguns doutrinadores levantaram uma discussão acerca dos limites à aplicação da Convenção, sendo que alguns acreditam que o artigo 11 da própria estabelece as normas imperativas e a ordem pública como parâmetros para esse limite, trazendo como consequência a possibilidade de as partes escolherem uma lei de regência mais moderna e adequada à problemática do contrato em questão. A autora levanta também, a discussão sobre a expressão “loi”, suscitada por alguns juristas, no sentido de que este termo utilizado na versão francesa e na latina teria algumas diferenciações, e isto indicaria ser a lei aplicável aquela que faz parte de um sistema jurídico. A autora explica que do que se lê na convenção a expressão “loi” ou direito quer dizer um ordenamento jurídico próprio e não alcança a “lex mercatória” e os princípios do UNIDROIT, ambos inadequados para tratarem de todos os aspectos de um contrato. Em virtude do artigo 17, no qual se define como direito o vigente em

um Estado, com exclusão de suas normas relativas ao conflito de leis, e, explica que, a finalidade de tal dispositivo é assegurar à solução do caso concreto as exigências impostas pela justiça e pela equidade. Aqui mais uma vez a convenção inovou ou procurou somar à utilização do direito tradicional, às experiências dos tribunais arbitrais, responsáveis por decisões baseadas em critérios mistos, sempre com o objetivo maior de realizar a justiça no seu sentido mais amplo.¹³⁷

A autora ressalta ainda, que a escolha do foro não significa a escolha da lei, como expressamente previu a convenção, ao estabelecer na segunda parte do artigo 7º que a eleição de determinado foro pelas partes não implicava necessariamente a escolha do direito aplicável. Com relação à regra de conexão quando a possibilidade de eleição não tiver sido exercida pelas partes, a norma adotada foi a dos vínculos mais estreitos, que é uma norma flexível, utilizada pela primeira vez em uma convenção interamericana. Os conceitos dos vínculos mais estreitos evoluiu para uma acepção mais genérica, apenas recomendando ao juiz que analisará o caso concreto, observar todos os elementos subjetivos e objetivos que se depreendam do contrato para a determinação do direito aplicável.

Enfim, a Convenção do México teve repercussão no Brasil através de sua influência nos artigos relativos aos contratos internacionais do Projeto 4905/95, o qual adotou a teoria da autonomia da vontade e, como norma subsidiária, à falta da escolha, a regra de conexão dos vínculos mais estreitos. Entretanto, como comentamos em capítulo específico, o Projeto foi retirado do Congresso Nacional pelo Poder Executivo, embora representasse o amadurecimento da posição do Brasil frente à Convenção do México, pois de nada adiantaria sua participação se não inserisse os posicionamentos naquela ocasião defendidos em seu ordenamento jurídico interno. A doutrina, em detrimento da situação atual, recomenda o envio da Convenção do México para o Congresso garantindo sua aprovação, e, com isso, substituir o artigo 9º da Lei de Introdução, pelas suas disposições, solução que foi adotada pelos países europeus em relação à Convenção de Roma.

¹³⁷ Araújo, Nádia. Op. cit. p. 100

CONCLUSÃO

Inicialmente, a intenção do presente trabalho era a comparação, relativamente aos contratos internacionais do comércio, do Projeto 4905/95, Projeto de Aplicação de Normas Jurídicas, o qual representaria um grande avanço na legislação nacional por

ter acompanhado as disposições da Convenção do México de 1994, com a atual Lei de Introdução, pois o mesmo encontrava-se no Congresso Nacional aguardando ser analisado. Após iniciarmos o trabalho, pudemos observar, através das pesquisas realizadas que o Projeto além de não ter sido analisado foi tirado da pauta daquele órgão, o que ocasionou a necessidade de uma reestruturação em alguns pontos desta Dissertação.

Portanto, decidimos continuar com o enfoque nos contratos internacionais do comércio, mas agora, realizando uma revisão literária sobre s posicionamentos atuais da doutrina e jurisprudência existentes acerca do tema, ressaltando em especial, a influência da autonomia da vontade das partes, da “lex mercatoria” e das convenções internacionais a respeito, dando especial destaque à Convenção do México, que foi o nascedouro do Projeto inicialmente estudado.

Após a realização deste estudo concluímos que o sucesso dos contratos internacionais do comércio está intrinsecamente relacionado às questões da autonomia da vontade, do conflito de leis e da “lex mercatoria”, temas que apesar de cansativamente discutidos e debatidos na seara do Direito Internacional Privado, ainda suscitam grandes questionamentos, causando sempre que estudados muita polêmica.

Em relação aos contratos internacionais do comércio em si mesmo considerados, constatamos que sua existência dependem da definição e limitação das questões acima consideradas, pois, ao examinarmos a criação e formação dos contratos internacionais, em relação à capacidade das partes, à licitude do objeto e à forma e prova do contrato, notamos a predominância do poder do Estado sobre a liberdade das partes.

A questão da autonomia da vontade foi tratada ao longo de sua existência, de diversas formas, no seu aparecimento foi considerada como um problema da teoria geral do direito. Nessa linha os que a ela se opunham baseavam-se na doutrina que pregava a existência ou não dos direitos subjetivos como fonte autônoma de direito. Essa discussão teve muita importância na época, mas com o tempo, deixou de ser preponderante, a partir da

incorporação expressa da permissão em convenções internacionais. No caso específico do Brasil, por causa da linguagem no artigo 13 da Introdução ao Código Civil de 1916, foi interpretada como existente pela doutrina, mas nunca admitida pela jurisprudência. Com a nova Lei de Introdução ao Código Civil, de 1942, continuou a discussão sobre a sua existência, em face da supressão da expressão, salvo estipulação em contrário, que para muitos significou a vontade do legislador em eliminá-la, enquanto para outros a simples inexistência dos termos anteriores não significava sua proibição. A partir dos anos cinquenta, a questão da autonomia da vontade passou a ser tratada diretamente nos foros internacionais, e a tendência mundial revelou-se no sentido de a autorizar expressamente em textos convencionais e em regras conflituais internas. Por isso, entendemos que a lei brasileira precisa ser mudada para permitir a adoção da autonomia da vontade, de forma expressa em seu texto, utilizando-se como suporte a Convenção do México de 1980, justificando assim, a participação do país nesta convenção. As consequências dessa mudança na Lei brasileira seriam demasiadamente benéficas para o desenvolvimento do comércio internacional do Brasil, considerando seu processo de expansão frente ao Mercosul.

Acreditamos que para que esse desenvolvimento comercial ocorra é preciso aceitar e entender o fenômeno da “lex mercatoria”, que com sua grande força de penetração, resultante do crescimento inevitável das relações mercantis, envolvendo a quase totalidade das nações, não poderia deixar de exercer sua influência sobre o direito, e sua presença se faz sentir porque os meios que tornam efetivas as operações concernentes, além de sua multiplicidade, são exigentes de técnicas próprias, seja sob o aspecto material, seja sob o aspecto jurídico. As críticas formuladas contra a “lex mercatoria”, entendida como um processo formativo de nova ordem jurídica, colocam de forma errada os pressupostos mencionados para refutar as teorias vigentes, sem entender que a dinâmica do comércio internacional foge às classificações do direito clássico. O comércio internacional e a “lex mercatoria” devem ser estudados e analisados sem qualquer referencial com os sistemas locais, a fim de que a análise de seus elementos possa conduzir a uma interpretação mais autêntica, tomando como parâmetros as fontes diretas e explicativas de todos os mecanismos que circunscrevem os comerciantes às suas atividades.

Portanto, concluímos o presente trabalho acreditando que a construção do direito aplicável aos contratos internacionais não terminou, e que tudo o que se vem fazendo de novo não condena obrigatoriamente o que é antigo ao abandono. A necessidade de adaptação permanente do direito do comércio internacional, serve para mostrar que o que se busca é o equilíbrio entre a justiça material e a que deve surgir das regras do direito internacional privado.

RESUMO

O presente trabalho pretendeu uma revisão bibliográfica acerca da vida dos contratos internacionais do comércio frente ao atual estágio das globalizações e

decorrente desenvolvimento do comércio e intercâmbio entre os Estados, ressaltando a situação do direito internacional brasileiro dentro deste contexto, abordando também as questões da autonomia da vontade das partes, “lex mercatoria” e conflito de leis, as quais estão intrinsecamente relacionadas à realidade dos contratos internacionais.

Num primeiro momento tentamos conceituar e definir o direito internacional privado e os contratos internacionais, o que foi considerado muito difícil pois, atualmente não há como mencionarmos contratos internacionais sem termos bem delimitado seu campo de atuação e sua área de aplicação, a qual se constitui no direito internacional privado, o que exige o exame do conflito de leis, que sabemos ser o cerne do objeto de estudo da seara do direito internacional privado.

Após delimitarmos a matéria introdutória para um estudo mais minucioso, passamos à análise dos contratos internacionais em si mesmo considerados, abordando seu processo de formação, negociação e conclusão, residindo aqui a necessidade do estudo da tipicidade dos contratos internacionais do comércio que decorre de uma regulamentação, oriunda de usos e costumes associada à criação de cláusulas e modelos contratuais pertencentes aos mais variados sistemas jurídicos, o que ocasiona o surgimento do conflito de leis, no momento da escolha da lei a ser aplicada ao contrato. Por isso, dando seguimento ao estudo iniciado, nesta parte do trabalho demos ênfase ao estudo das cláusulas internacionais do comércio, aos princípios gerais dos conflitos de leis e às regras de conexão estabelecidas para a solução dos conflitos que se originam no momento de se negociar o contrato.

Num segundo momento, entendemos que a análise da autonomia da vontade das partes não poderia faltar em um trabalho acerca dos contratos internacionais, portanto, procuramos expor tal princípio, desde sua criação, envolvendo os diversos e polêmicos posicionamentos sobre sua existência e aceitação, explicitando as doutrinas que surgiram em decorrência de sua criação, bem como, o enfoque dado pela legislação pátria e internacional. E, finalizamos nossa Dissertação abordando as questões mais modernas que envolvem os contratos

internacionais do comércio, que são a “lex mercatoria” e as convenções internacionais mais importantes sobre o assunto.

ABSTRACT

We tried to study in this academic work the principal issues about international contracts and all the subjects that we understud beeing necessary for the development of the international commerce. At the begining we analised the concept of interntional privity law and contracts. This study envolved many autors of the international literature and your posicion about the international laws.

Than we passed to study the international contracts and your negotiation and all the cicunstances that envolved like the clauses and general principes. At a second moment we study the autonomy and the “lex mercatoria”, that issues are very important to start a negotiation of contract.

At the end of this academic work we considered essential study the brazilians laws about the contracts and your subjects and the most important international contracts conventions.

BIBLIOGRAFIA

ALVES, João Luiz. “ Código Civil Anotado” , 1^a ed., 1.917.

ARAÚJO, Nádia. “ Contratos Internacionais” . ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1.997.

ARMINJON, Pierre. “ L’ objet et la méthode de droit international privé” , Recueil de Cours, tomo 21.

AZEVEDO, Oswaldo Benjamin de. “ O Brasil no mundo comercial “ , *in* Carta Mensal, vol.19, junho/73.

_____. “ Posição do Brasil em face do comércio internacional” , *in* Boletim Paulista de Geografia, São Paulo, 1960.

BAPTISTA, Luiz Olavo. RIOS, Aníbal; S., “ Aspectos Jurídicos del Comercio Internacional”, ed. Academia diplomática, 1.992.

BAPTISTA, Luiz Olavo, “ Advocacia nas Negociações Internacionais” , Revista de Direito Público, São Paulo, n.78, abril-junho de 1.986.

_____. “ Contratos Internacionais”, Revista Forense, vol. 270, fasc. 922-924, abril-junho, 1.980.

_____. “ Formação do Contrato Internacional” , Revista de Direito Público, n. 80, out/dez, 1986.

_____. “ The commercial laws of Brazil”, *in* Commercial Laws of the World, by Luiz Olavo Baptista et al. New York: Oceana, 1.983, p.58.

BARROSMONTEIRO, W. “Curso de Direito Civil”, Livraria do Advogado. 2^a ed., Porto Alegre, 1998.

BASTOS, Celso Ribeiro e KISS, Eduardo G. “ Contratos Internacionais” . ed. Saraiva, São Paulo, 1.990.

BATIFFOL, Henri. “ Traité de Droit International Privé” , R. Pichon et R. Durand Auzias LGDJ, vol. 2, 1970.

_____. “ Les Conflits de lois en matière de contrats” , Étude de Droit International Privé. Paris, Librairie du recueil, Sirey, 1.938.

BEVILÁQUA, Clóvis. “ Teoria Geral de Direito Civil” , 4 ed., Ministério da Justiça, 1972.

BITTAR, Carlos A. “ Contornos atuais dos contratos” , ed. RT, São Paulo, 1.993.

BOBBIO, Norberto. “A era dos direitos”. Ed. Campus, Rio de Janeiro, 1992.

CASELLA, Paulo Borba. “ Contratos internacionais e direito econômico no MERCOSUL” , ED. Ltr, São Paulo, 1996.

_____. “ Negociação e formação de contratos internacionais – em direito francês e inglês” , Revista da Faculdade de Direito, São Paulo, vv. 84-85, 1989/90, pp. 124-177.

_____ e FREIRE, J. Renato C. “ Contratos financeiros internacionais” , RT, São Paulo, 1994.

CASTRO, Amílcar de. “ Direito Internacional Privado” , 3ª ed., RJ, Forense, 1997.

COLLIER, J.G. “ Conflict of Laws” . Cambridge Studies in International Law. 2ª ed – Cambridge University Press, 1994.

DAVID, René. “ Le Droit Comparé, droits d’ hier, droit de demain” . Paris, ed. Dalloz, 1984.

DINIZ, Maria Helena. “ Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Comentado” , ed. Saraiva, São Paulo, 1994.

DOLLINGER, Jacob e TIBÚRCIO, Carmem. “ Vade Mécum de Direito Internacional Privado” . Renovar, 4ª ed., Rio de Janeiro, 1994.

DOLLINGER, Jacob. “ Direito Internacional Privado” , 4ª ed., Renovar, Rio de Janeiro, 1996.

_____ e ROSENN, Keith S. “ Panorama of Brazilian Law” , Rio de Janeiro e Miami, Esplanada e North-South Center, 1992.

ENGELBERG, Esther. “ Contratos Internacionais do Comércio”, Atlas, 2ª ed, São Paulo, 1997.

FIORATI, Jete Jane. “ A Convenção Interamericana sobre eficácia extraterritorial das sentenças e laudos arbitrais estrangeiros: um paralelo com o direito interno brasileiro e com o projeto de lei de aplicação de normas jurídicas” , Separata da Revista de Informação Legislativa, abril/junho 1996, ano 33, n. 130.

_____. “ As inovações no direito internacional privado brasileiro presentes no projeto de aplicação de normas jurídicas” , Revista de Estudos Jurídicos UNESP, Franca, 1: 119-159, 1996.

Garcez, José M. Possani. “ Contratos Internacionais Comerciais” . Saraiva, São Paulo, 1994.

LAGARDE, Paul e Batiffol, Henri. “ Traité de Droit International Privé” . Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence” , tome I, E. J. A ., Paris, 1993.

LOPES, José Ferreira. “ Algumas considerações sobre o comércio internacional no desenvolvimento econômico do Brasil” , *in* Revista Brasileira de Estudos Políticos, set/73.

MARCANTONIO, Antônia T., SANTOS, Martha e LEHFELD, Neide A . de Souza. “ Elaboração e Divulgação do Trabalho Científico”. São Paulo: Atlas, 1993.

RECHSTEINER, Beat Walter. “ Direito Internacional Privado”. Saraiva, São Paulo, 1998.

RODAS, João Grandino. “ Elementos de conexão de Direito Internacional Privado Brasileiro relativamente às obrigações contratuais” , *in* Contratos Internacionais, São Paulo, RT, 1995, pp. 1-35.

_____. “ Jus Cogens em Direito Internacional” , Separata da Revista da Faculdade de Direito da USP, vol. LXIX, fasc. II, 1974.

SAMPAIO, Ferraz. “ Introdução ao Estudo do Direito” . Atlas. Rio de Janeiro, 1994.

SANTOS, Carvalho. “ Código Civil Brasileiro interpretado” . Rio de Janeiro, 1934, vol. 1.

SANTOS, Antônio M. “ As normas de aplicação imediata no direito internacional privado” . Coleção Teses. Almedina, Coimbra, 1991.

SOARES, Maria B. e RAMOS, Rui M. “ Contratos Internacionais” . Livraria Almedina, Coimbra, 1986.

STRENGER, Irineu. “ Contratos internacionais do comércio” . RT, São Paulo, 1986.

_____. “ Da autonomia da vontade em direito internacional privado” . São Paulo, RT, 1968.

_____. “ Direito do comércio internacional e Lex Mercatoria” . Ltr, São Paulo, 1986.

VALLADÃO, Haroldo. “ O contrato internacional” *in* RF 269/1-18.

VIEIRA, Dorival Teixeira. “ A Nova ordem do comércio internacional” *in* Problemas brasileiros, vol. 13, fev/73.

VIEIRA, José M. Gouveia. “ A economia internacional no século XX” . Revista Brasileira de Política Internacional, vol. 6, junho/63.

WALD, Arnoldo. “ Validade das convenções sobre o foro do contrato” . Estudos e Pareceres de Direito Comercial, vol I, São Paulo, RT, 1972, pp. 261-271.

ZERBINI, Eugênia C. de Jesus. “ A Convenção de Viena de 1980 sobre a venda internacional de mercadorias” *in* Contratos Internacionais, coord. João Grandino Rodas, São Paulo, RT, 1985. Pp. 76-92.

DOCUMENTOS

Projeto de Lei 4.905/95 *in* Exposição de Motivos n. 547, de 06 de dezembro de 1994, do Senhor Ministro do estado da Justiça, fls. 1198-1205.