

CONTRATOS INTERNACIONAIS DE COMÉRCIO: A ESCOLHA DA LEI APLICÁVEL NO ÂMBITO DO MERCOSUL. DIFICULDADES. REFORMA.

Aurélio Agostinho da Bôaviagem

Professor Titular da Faculdade
Damas da Instrução Cristã.
Professor do Programa de Pós-
graduação em Direito da UFPE.

Resumo. O posicionamento dos países integrantes do MERCOSUL em relação à lei aplicável aos contratos internacionais de comércio demonstra que a sua visão normativa carece de revisão para se aliar à tendência mundial consagradora da possibilidade da escolha da lei aplicável, hábil “caminho jurídico no qual possa ocorrer o livre fluxo de produtos e serviços”, o que agirá, também, no sentido de uma maior integração do bloco mercosulino.

Palavras-chave. Direito Internacional do Comércio. Autonomia da Vontade. MERCOSUL.

Abstract. The position of the members of MERCOSUR countries in relation to international agreements applicable to trade law shows that its normative vision requires revision to ally consecrating the global trend of the possibility of choice of law, clever "legal way in which to the free flow of goods and services occur, "which also will act to further integrate the mercosulino block.

Keywords. International Trade Law. Autonomy of the Will. MERCOSUR.

A INTERNACIONALIZAÇÃO DA ECONOMIA – OS CONTRATOS INTERNACIONAIS

A internacionalização da economia faz avultar a presença de contratos internacionais de comércio, os quais envolvem partes de cultura, formação e sistema jurídicos diversos, por vezes conflitantes. A internacionalização demanda maior segurança e agilidade às relações, inclusive aportando novas técnicas de contratação, a exemplo dos revolucionários contratos eletrônicos, resultantes do vertiginoso desenvolvimento das comunicações, fruto da atenção da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL).¹

São traços característicos dos contratos internacionais de comércio, a transcendência do seu objeto, que pode até mesmo pôr em

¹ FERNÁNDEZ, Rodolfo Dávalos. La regulación Jurídica del Contrato Internacional. In GALLARDO, Leonardo B. Pérez (Coord.) *El Derecho de Contratos en los Umbrales del Siglo XXI*. SP: MP Editora, 2007, p. 130/131.

movimento os Estados, ao estipular mecanismos jurídicos em defesa das suas economias, a posição relativa de poder de seus sujeitos no meio internacional e, do ponto de vista jurídico, a incorporação de disposições tendentes a desconectá-los, de fato, tanto das jurisdições nacionais (por via da arbitragem), como até mesmo dos direitos estatais (pela remissão, expressa ou tácita, aos usos e costumes do comércio internacional).²

Distintos daqueles que se situam sob a égide de um único sistema jurídico, envolvem os contratos internacionais relações que se contactam com mais de um sistema jurídico, por qualquer de seus elementos, quer sejam os sujeitos, os objetos, as relações que se instauram. Esta a sua especialidade, que se manifesta, ora através de um critério geográfico, por elementos objetivos, tais como estabelecimento comercial diverso das partes, sua residência habitual, sua nacionalidade,

² VICENTE, José Maria Espinar. *La regulación jurídica de los contratos internacionales de contenido económico*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidos, 1979, p. 24.

o local de celebração, de execução, da situação do bem, etc., ora por deter pontos de contato com mais de um país (critério econômico).

A QUALIFICAÇÃO DO CONTRATO COMO INTERNACIONAL

Há, pois, considerados os critérios, geográfico e econômico, mais de um caminho para que um contrato seja qualificado como internacional, pois basta que qualquer de seus elementos exponha o seu disciplinamento a um segundo ou terceiro direito.³

O critério geográfico (ser o contrato celebrado por partes estabelecidas em países distintos, por exemplo) não é de ser o único determinante para a qualificação de um contrato como internacional, podendo restarem as partes (comprador e vendedor) em um mesmo país, e a

³ BASTOS, Celso Ribeiro e KISS. Eduardo Amaral. *Contratos Internacionais*. SP: Saraiva, 1990, p. 1/2. Embora a referência seja específica aos contratos de compra e venda de bens móveis, pode-se estender a outros tipos contratuais.

relação contratual ser internacional (*v.g.*, quando pactua-se que o bem será entregue em outro país).

A qualificação internacional de um contrato sob o prisma de critério econômico já havia sido realizada pela Corte de Cassação francesa, que, em 1934, entendeu não depender o caráter internacional do contrato, necessariamente, do domicílio das partes e do lugar de execução, mas de elementos “que entram em linha de conta para imprimir aos movimentos de fundos que ela comporta um caráter que ultrapassa o quadro da economia interna”.⁴

Assim o define a Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais (5^a Conferência Especializada Interamericana sobre Direito Internacional Privado, da Organização dos Estados Americanos, México, 1994 — CIDIP V): “entende-se que um contrato é internacional, se as partes contratantes tem a sua residência habitual ou estabelecimentos em diferentes Estados Partes ou

⁴ STRENGER, Irineu. *Contratos Internacionais de Comércio*. SP: Revista dos Tribunais, 1986, p. 17.

se o contrato tem laços objetivos com mais de um Estado Parte.”⁵

Isto faz com que o caráter internacional do contrato deva ser apurado de forma casuística, uma vez que a importância relativa do elemento estrangeiro na relação, dos pontos de vista econômico e jurídico, é que determinará, ou não, o caráter internacional. Muitas vezes, um elemento formal influi na identificação de um contrato como internacional: sua redação e estilo, certas cláusulas típicas podem servir como elementos objetivos dessa qualidade, como adverte Luiz Olavo Batista.⁶

É certo que, relativamente à lei aplicável às obrigações, há elementos de conexão que dizem respeito à capacidade das partes, e os relacionados a aspectos extrínsecos e intrínsecos ou de fundo.⁷

⁵ Artigo 1.

⁶ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Dos contratos internacionais: uma visão teórica e prática*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 23.

⁷ RODAS, João Grandino. *Elementos de Conexão do Direito Internacional Privado*. In João Grandino (Coord.) *Contratos Internacionais*. SP: Revista dos Tribunais, ed. 3, 2002, p. 22.

Aqui se procede um corte, por interessar tão somente o que respeita à substância ou o conteúdo dos contratos.

Das questões que respeitam aos contratos internacionais duas são sobremaneira relevantes, o foro (*lex fori*) e a lei aplicável (*lex causae*), sendo esta o objeto da presente análise, mais adiante estreitada, num segundo corte, para o âmbito dos países que integram o MERCOSUL.

OS CONTRATOS NA VISÃO DO DIREITO INTERNACIONAL – A CONSAGRAÇÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE NA ESCOLHA DA LEI APLICÁVEL

A internacionalização da economia, superou os conflitos ideológicos, substituídos por um pragmatismo econômico e acirramento de competição, “produzindo interessantes epifenômenos”, a superação das diferenças entre países em favor de regras harmônicas, de normas uniformizadas.⁸

⁸ CASELLA, Paulo Borba. Utilização no Brasil dos Princípios

Daí os órgãos e entidades de natureza internacional têm se preocupado em cuidar de tais contratos, na busca de uma padronização de seus termos (exemplo são os *incoterms*), na utilização de critérios comuns que possam resolver os possíveis conflitos resultantes, em especial, da execução contratual, tais como a indicação da lei aplicável (*lex causae*) e do foro (*lex fori*).

Dos foros internacionais, destaque para a Convenção sobre a Lei Aplicável às Vendas de Caráter Internacional de Objetos Móveis Corpóreos (Haia, 1955), pioneira em contemplar a autonomia da vontade para a indicação da lei aplicável: estabeleceu que a compra e venda se regeria pela lei interna designada pelas partes, contemplando como única exceção à autonomia da vontade a infração à ordem pública.⁹

UNIDROIT relativos ao Contratos Comerciais Internacionais. In CASELLA, Paulo Borba. *Contratos Internacionais e Direito Econômico no MERCOSUL – Após o término do período de transição*. SP: LTr, 1996, p. 100.

⁹ Artigo 2. *A venda é regulada pela legislação interna do país designado pelas partes contratantes. Tal designação*

Realce, também, para a Convenção de Viena sobre a Compra e Venda Internacional, de 1980, fruto do labor da Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (UNCITRAL), também consagradora da autonomia da vontade¹⁰, embora tenha restado enfraquecida quando admitiu a sua não incidência por disposição das partes.¹¹ Esta convenção fez com

deve estar contida em uma cláusula expressa, ou resultar de forma inequívoca as disposições do contrato. As condições que afetam o consentimento das partes para a lei declarada aplicável será determinada por essa lei.

¹⁰ *Artigo 9. (1) As partes estão vinculadas pelos usos em que consentirem e pelas práticas que entre elas se estabeleçam. (2) Salvo convenção em contrário das partes, entende-se que estas consideram tacitamente aplicáveis ao contrato, ou à sua formação, todo e qualquer uso de que tenham ou devessem ter conhecimento e que, no comércio internacional, seja largamente conhecido e regularmente observado pelas partes nos contratos do mesmo tipo, no ramo comercial considerado.*

¹¹ *Artigo 6. As partes podem excluir a aplicação da presente Convenção ou, sem prejuízo do disposto no artigo 12, derrogar qualquer das suas disposições ou modificar-lhe os efeitos.*

que, em 1986, fosse revisada a Convenção de Haia de 1955, diploma que insistiu que os contratos de venda internacional de mercadorias seriam regidos pela lei escolhida pela parte, escolha esta que poderia vir a ser modificada.¹² Nela se encontra a caracterização da internacionalidade do contrato de compra e venda, a exemplo de como o fez, posteriormente, a CIDIP V (1994): quando as partes tenham estabelecimentos em Estados diferentes ou em “todos os outros casos

¹² *Artigo 7. (1) Um contrato de venda é regido pela lei escolhida pelas partes. Acordo entre as partes sobre esta escolha deve ser expresso ou ser claramente demonstrado pelos termos do contrato e da conduta das partes, vistos em sua totalidade. Esta escolha pode ser limitada a uma parte do contrato. (2) As partes podem, a qualquer momento, acordar em sujeitar o contrato, no todo ou em parte, a uma lei diferente da que anteriormente o regulava, quer ou não a lei que rege o contrato anteriormente foi escolhido pelas partes. Qualquer alteração pelas partes da lei aplicável feita após a celebração do contrato não prejudica a validade formal ou os direitos dos terceiros.*

que impliquem uma escolha entre as leis de diferentes Estados.”¹³

Logo a seguir à Convenção de Viena, no mesmo ano (1980), foi pactuada em Roma a Convenção sobre a lei aplicável às Obrigações Contratuais. Embora não defina a internacionalidade da contratação, lança regras uniformes à contratação, como a liberdade de escolha da lei aplicável, ou das leis aplicáveis, posto admitir o fracionamento do contrato (*dépeçage*), circunstância presente nas convenções anteriores. Diz a Convenção que “o contrato rege-se pela lei escolhida pelas partes” (...), aplicável “à totalidade ou apenas a uma parte do contrato”.¹⁴. Consagra, em contrapartida, a possibilidade da exclusão de suas disposições quando se apresentarem incompatíveis com a ordem pública do foro,¹⁵ expressão sobremaneira e equívoca que fragiliza a incidência das regras convencionais de

¹³ Artigo 1.

¹⁴ Artigo 3, 1.

¹⁵ Artigo 16.

Roma, dificuldade da qual também se ressentia a Convenção de Haia, em suas duas versões.¹⁶

Em paralelo às convenções, não se pode esquecer o papel do Instituto para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT), o qual representa uma nova dimensão harmonizadora dos contratos internacionais, expressão de Lauro Gama Junior em acurado exame dos *Princípios*.¹⁷ Para ele, os *Princípios* traduzem com essa tendência, global, de substituir

“por vias alternativas ao hard law elaborado pelos Estados nacionais, mediante tratados e convenções internacionais. Na visão de Arthur Rosett o emprego pelo UNIDROIT do termo “Princípios” significa uma reavaliação da importância das

¹⁶ Respectivamente, Artigos 6 e 18.

¹⁷ V. *Os Princípios do UNIDROIT, relativos aos contratos do comércio internacinal: uma nova dimensão harmonizadora dos contratos internacionais*, disponível em <http://www.oas.org/dil/esp/95-142%20Gama.pdf>.

formas jurídicas que apresentam que apresentam caráter mais flexível que os códigos positivistas clássicos. (...) sua missão é guiar e informar (as partes, o árbitro, o juiz e o legislador), e não se incorporar aos ordenamentos estatais”.¹⁸

Repete Gama Junior o que dissera antes, quando cuidou dos contratos internacional no âmbito do MERCOSUL:

“Os princípios do Unidroit têm por objetivo estabelecer um conjunto equilibrado de regras destinadas a ser utilizadas no mundo inteiro, quaisquer que sejam as instituições jurídicas e condições econômicas e políticas

¹⁸ GAMA JR., Lauro. *Contratos Internacionais à luz dos Princípios do UNIDROIT – soft Law, arbitragem e jurisdição*, RJ: Renovar, 2006, p. 248.

dos países nos quais tais regras devem ser aplicadas. Este objetivo se reflete ao mesmo tempo na sua apresentação forma e na política geral que o inspirou.”¹⁹

A dimensão dos *Princípios* é realçada também por Rodolfo Dávalos Fernandes, apoiado em Luiz Olavo Batista, comparando-os ao Código de Bustamante (Convenção de Havana de 1928) e os considera como um dos mais importantes esforços de codificação no Direito do Comércio Internacional. Identifica nos *Princípios* dois vértices: de unificação (uma norma global) e de coordenação (adotada para resolver os conflitos de lei).²⁰

No continente americano, registra-se o Tratado de Lima (1877/1878), que, ao cuidar dos

¹⁹ Os princípios do UNIDROIT relativos aos contratos comerciais internacionais e sua aplicação nos países do MERCOSUL. In RODAS, João Grandino (coord.), *Contratos Internacionais*. SP: Revista dos Tribunais, ed. 3, 2002, p. 429.

²⁰ Ob. cit., p. 126.

contratos internacionais, adotou o princípio do local de celebração para os celebrados fora do país.²¹ Ainda o Tratado de Montevideu (1888/1890, revisto em 1939/1940) embora inadmitindo ampla autonomia da vontade, consagrou a liberdade das partes em escolher o local de execução, garantindo, assim, de forma indireta, a aplicação da lei escolhida. Ambos não foram recepcionados pelo Brasil.

Importa a Convenção de Havana de 1928, Convenção de Direito Internacional Privado, o *Código Bustamante*, recepcionada pelo Decreto nº 18.871/1929: aos contratos “aplicar-se-á em primeiro lugar a lei pessoal comum aos contratantes e, na sua falta, a do lugar de celebração”.²²

Se o *Código de Bustamante* desconsiderou a autonomia da vontade para a escolha da lei aplicável, cingindo-se à lei pessoal dos contratantes quando coincidentes, ou ao lugar de celebração, diferentemente agiu a CIDIP V (1994),

²¹ Art. 4.

²² Artigo 186.

nos moldes das convenções europeias (Haia e Roma) consagrou a possibilidade da escolha da lei aplicável pelos contratantes. “o contrato se rege pelo direito eleito pelas partes. O acordo das partes sobre esta eleição deve ser expresso ou, na ausência de acordo expresso, deve depreender-se de forma evidente da conduta das partes e das cláusulas contratuais, consideradas em seu conjunto.”²³ O mesmo artigo admitiu o fracionamento do contrato: “a eleição poderá referir-se à totalidade do contrato ou a uma parte do mesmo.”²⁴

O MERCOSUL, instituído pelo Tratado de Assunção (1991) optou pela intergovernabilidade, diversamente do caráter supranacional que informa a União Europeia. O Protocolo de Ouro Preto²⁵ que consagrou a estrutura definitiva do

²³ Artigo 7.

²⁴ Entretanto, o Código de Bustamante não logrou aceitação por todos os países americanos, estando em vigor, dentre os países que integram o MERCOSUL, além do Brasil, apenas na Venezuela.

²⁵ Recepcionado pelo Decreto Legislativo nº 188/1995 e Decreto executivo 241/1995.

MERCOSUL, com personalidade jurídica de direito internacional, estabeleceu: “uma vez aprovada a norma, os Estados-Partes adotarão as medidas necessárias para a sua incorporação ao ordenamento jurídico nacional e comunicarão as mesma à Secretaria Administrativa do MERCOSUL.”²⁶

A opção pela intergovernabilidade impõe que os integrantes do MERCOSUL se conscientizem da

“imperativa necessidade de abrir mão de políticas estritamente nacionais nos intercâmbios internacionais, (...) reforçando a coesão do todo e conseqüentemente restringindo substancialmente ou mesmo eliminando campo de ação para os Estados-membros atuarem ou legislarem unilateralmente nessas matérias, caracterizando fenômeno já denominado de

²⁶ Artigo 40.

“projeção externa da unidade interna” da União, inclusive em suas relações com os terceiros Estados.”²⁷

Isto para evitar que, pela ausência de uma “moldura de um ordenamento unitário a velocidade da integração é definida muito mais pelo Estado–parte que opõe a maior resistência a ela e cujo processo de incorporação seja o mais longo.”²⁸

Consagrada dessa forma a regra a não auto-aplicabilidade das normas mercasulinas, carentes de recepção pelos ordenamentos internos de cada um dos países que integram o bloco.²⁹

²⁷ CASELLA, Paulo Borba. *MERCOSUL: exigências e perspectivas: integração e consolidação de aspecto econômico (1995 – 2001 – 2006)*. SP: LTr, 1966, p. 273/274.

²⁸ BASEDOW, Jürgen. O MERCOSUL como modelo de integração. In RODAS, João Grandino. *Contratos...* p. 388.

²⁹ O MERCOSUL sequer dispõe de um tribunal próprio. No Protocolo de Brasília (1991) foi prevista a solução de controvérsias através de um Tribunal Arbitral da vontade

A LEI APLICÁVEL (A LEI DE REGÊNCIA) AOS CONTRATOS INTERNACIONAIS NO MERCOSUL

Como os países que integram o MERCOSUL cuidam da autonomia da vontade na escolha da lei aplicável?³⁰

A Argentina segue os princípios do Tratado de Montevideu. Adota como regra de conexão a lei do lugar do cumprimento da obrigação (*lex executionis*) para os contratos executados no país.³¹ Adota, ainda, para contratos celebrados no estrangeiro (desde que não sujeitos à execução no

das partes e não da soberania do MERCOSUL. (BASEDOW, Jürgen. Ob. cit., p. 383.

³⁰ É de lembrar que aqui não se cuida da jurisdição internacional, conducente à escolha de foro, disciplinado pelo Protocolo de Buenos Aires, de 1994 (Decreto Legislativo 129/1995 e Decreto 2.095/1996).

³¹ *Art. 1.209. Los contratos celebrados en la República o fuera de ella, que deben ser ejecutados en le territorio del Estado, serán juzgados en cuanto a sua validez, su naturaleza y obligaciones por las leys de la República, Sean lós contratantes nacionales o extranjeros.*

país), a lei do local de celebração (*lex loci celebrationis*),³²

Nádia de Araújo, referindo-se à posição argentina lembra que “as regras não primam pela clareza”, circunstância observada por diversos juristas e que motiva acesa polêmica que conduz a “uma dicotomia vivida pela doutrina e jurisprudência”.³³

Noticia-se que há um projeto de código de 2011 que contém previsão de que as partes são livres para celebrar um contrato e determinar o seu conteúdo, dentro dos limites impostos pela lei, a ordem pública e os bons costumes.³⁴

³² *Art. 1.205. Los contratos hechos fuera del territorio de La República, serán juzgados, en en cuanto a sua validez, su naturaleza y obligaciones por las leys del lugar em que hubieren sido celebrados.*

³³ V. *Contratos Internacionais. Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais*. RJ: Renovar, 2000, p. 73/74.

³⁴ GOUVEIA, João Carlos Bertola Franco de. *O princípio da autonomia da vontade na arbitragem comercial internacional no Mercosul*. Disponível em www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/.../074.pdf.

No Uruguai, não obstante tendência doutrinária atual em contrário, inibida a escolha da lei aplicável, remetendo o art. 2.399 do Código Civil Uruguaio ao lugar de execução.³⁵

O comando do Código Civil paraguaio é o local de celebração, reservando-se o local de execução quando a execução da obrigação ocorrer do país. Esta uma leitura que se pode realizar dos arts. 14 e 297 daquela codificação.³⁶

³⁵ *Los actos jurídicos se rigen en cuanto a su existencia, naturaleza, validez y efectos, por la ley del lugar de su cumplimiento, de conformidad, por otra parte, con las reglas de interpretación contenidas en los artículos 34 a 38 inclusive del Tratado de Derecho Civil de 1889.*

³⁶ *Art.14.- La capacidad e incapacidad para adquirir derechos, el objeto del acto que haya de cumplirse en la República y los vicios sustanciales que éste pueda contener, serán juzgados para su validez o nulidad por las normas de este Código, cualquiera fuere el domicilio de sus otorgantes.*

Art. 297. Sin perjuicio de lo dispuesto en este Código sobre la capacidad o incapacidad de las personas, y sobre la forma de los actos, éstos serán exclusivamente regidos, sea cual fuere el lugar de su celebración, en cuanto a su formación, prueba, validez y efectos, por las leyes de la República, cuando hubieren de ser ejecutados en su

O Código Civil da Venezuela silencia quanto à escolha da lei aplicável, mas parece agir em sentido oposto ao estipular que “a forma e solenidades dos atos jurídicos estrangeiros, para que surtam efeitos na Venezuela, devem reger-se pela lei do local de celebração”.³⁷

No Brasil, a escolha da lei aplicável, inexistente na vigência do Regulamento nº 737/1850, para o qual as obrigações se sujeitavam à *lex loci executionis*³⁸, veio a surgir, de forma expressa, com a edição da original Lei de

territorio, o se ejercieren en él acciones por falta de su cumplimiento.

³⁷ *Artículo 11- La forma y solemnidades de los actos jurídicos que se otorguen en el extranjero, aun las esenciales a su existencia, para que éstos surtan efectos en Venezuela, se rigen por las leyes del lugar donde se hacen. Si la ley venezolana exige instrumento público o privado para su prueba, tal requisito deberá cumplirse.*

³⁸ *Art. 4º. Os contratos comerciais ajustados em país estrangeiro mas exequíveis no Império, serão regulados e julgados pela legislação comercial do Brasil.*

Introdução ³⁹, que entrou em vigor juntamente com o revogado Código Civil, em 1917, escolha preferencial à lei do local de celebração.

A edição da Lei de Introdução ao Código Civil, em 1942 ⁴⁰, repetiu a regra anterior, lei do local de celebração ⁴¹, e, para os contratos entre ausentes, a lei do local de residência do proponente ⁴². Entretanto, ao excluir a expressão “salvo estipulação em contrário”, presente na lei original, deflagrou polêmica doutrinária que perdura há mais de sessenta anos. Estremada discussão, pró e contra a possibilidade de escolha da lei aplicável às relações contratuais: para

³⁹ *Art. 13. Regulará, salvo estipulação em contrário, quanto á substância e aos efeitos das obrigações, a lei do lugar, onde forem contraídas.*

⁴⁰ Decreto-lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942, hoje Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, denominação que lhe emprestou a Lei nº 12.376, de 30 de dezembro de 2010.

⁴¹ *Art. 9º. Para qualificar as obrigações e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.*

⁴² *§ 2º. A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.*

alguns, sendo a lei introdutória uma lei de ordem pública, inibiria, de forma definitiva, o exercício da vontade ⁴³; para outros, em sentido contrário, a ordem pública, excludente da aplicação do direito estrangeiro, é expressão que não pode ser reduzida à lei de ordem pública. Têm as expressões conteúdos diversos, esta norma imperativa, aquela princípios básicos e inarredáveis que informam o ordenamento. Aquela, ordem pública internacional, esta ordem pública interna.⁴⁴

⁴³ Dizer que o direito brasileiro não consagra a autonomia da vontade constitui-se um exagero quando se lembra a lei de arbitragem (9.307/1996), que a consagra amplamente, pois *poderá ser de direito ou de equidade, facultada às partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem*, mesmo que o procedimento *se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais do comércio*.

⁴⁴ A doutrina brasileira sobre o tema pode ser conferida em *Um Código Civil Novo e uma lei de introdução velha: reforma e convivência*. Recife: Duc in Altum, Faculdade Damas da Instrução Cristã. v. 4, n. 6, 2012. Dos contrários à autonomia da vontade destaque para PONTES DE MIRANDA (*Direito Internacional Privado*, v.

I. Rio de Janeiro: José Olympio, 1935, p. 541), MARISTELA BASSO (*Curso de Direito Internacional Privado*. SP: Atlas, 2009, p. 181), OSCAR TENÓRIO (*Direito Internacional Privado*, v. 2, RJ: Freitas Bastos, 1976, p. 177), HERMES MARCELO HULK (*Contratos Internacionais de Financiamento: a lei aplicável*. SP: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. A. 23 – Nova Série, n. 53 [81/87], jan/mar, 1984, p. 86/87), NADIA DE ARAUJO (*Contratos Internacionais: autonomia da vontade, MERCOSUL e Convenções Internacionais*. RJ: Renovar, 1997), WILSON DE SOUZA BATALHA (*Tratado Elementar de Direito Internacional Privado*, v. II. SP: Revista dos Tribunais, 1961, p. 180). Entre os favoráveis à autonomia da vontade em termos de escolha da lei aplicável, encontram-se HAROLDO VALADÃO (*Direito Internacional Privado*. RJ: Freitas Bastos, ed. 4, v. 1, p. 353/354), GUIDO FERNANDO DA SILVA SOARES (*Common Law. Introdução ao Direito dos EUA*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 172), CLOVIS V. DO COUTO E SILVA (“O Juízo Arbitral no Direito Brasileiro”. Brasília. *Revista de Informação Legislativa*, a. 25, n. 98 (139/150), abr/mai, 1988, p. 141), JACOB DOLINGER (Cf. *Direito Internacional Privado – Parte Geral*). Rio de Janeiro; Renovar, ed, 5, 1997, p. 358 e segs.), IRINEU STRENGER (*Autonomia da Vontade em Direito Internacional Privado*. São Paulo: RT, 1968, p. 205/206).

Esta (a ordem pública internacional), nas palavras de ELISA PÉREZ VERA, representa “el conjunto de normas y principios que, en un momento histórico determinado, reflejan el esquema de valores esenciales, a cuya tutela atende de uma manera especial cada ordenamento juridico concreto.”⁴⁵ Ou, ainda, consoante sentença do JUIZ MORENO QUINTANA, no Tribunal Internacional de Justiça:

“a ordem pública internacional opera nos limites do sistema de Direito Internacional Público quando estabelece certas regras, tais como os princípios gerais do

Adverte Guilherme Pederneiras Jaeger que a doutrina mais recente, que lista, *vem formando opinião uniforme em relação à não-aceitação do princípio da autonomia da vontade para a escolha da lei aplicável (Lei aplicável nos Contratos Internacionais*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 74).

⁴⁵ Cf. STRENGER, Irineu, transcrevendo ELIZA PEREZ VERA, *in* *Aplicação de normas de ordem pública nos laudos arbitrais*.” SP: RT, a. 75, n. 606 (9/12), abr, 1986, p. 99.

Direito das gentes e os direitos fundamentais dos Estados, cuja obediência é indispensável para permitir a coexistência jurídica das unidades políticas que constituem a comunidade internacional.”⁴⁶

Buscar a visão judicial brasileira quanto ao conteúdo da ordem pública não se logrará êxito, pois, consoante IRINEU STRENGER, o sistema jurídico pátrio só conhece a ordem pública internacional “por força de estar contida no Código de Bustamante”, o que tem feito com que o Supremo Tribunal Federal, não sabendo distinguir ordem pública interna da internacional, no *exequatur* dos laudos arbitrais estrangeiros, por vezes, apresente-se rígido, enquanto em outras oportunidades, liberal.⁴⁷

⁴⁶ *In Aplicação de normas de ordem pública nos laudos arbitrais*” SP: RT, a. 75, n. 606 (9/12), abr, 1986,p. 99.

⁴⁷ *Aplicação...* p. 10.

A sexagenária discussão poderia de, há muito, haver sido encerrada, com a adoção de um de duas propostas legislativas, o anteprojeto da Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas, de Haroldo Valladão (publicado em 1964) ou o projeto de lei do Poder Executivo elaborado por Comissão presidida por Jacob Dolinger (projeto de lei 4.905/1995), retirado do exame do Poder Legislativo pelo poder proponente sob pretexto da “necessidade de reexame da matéria”.

Estipulavam, ambas as propostas legislativas, a adoção da autonomia da vontade, em termos de escolha da lei aplicável.⁴⁸

⁴⁸ Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas: Art. 50. *A substância e os efeitos das obrigações oriundas de declaração de vontade se regem, salvo estipulação em contrário, segundo a lei do lugar onde foram contraídas. Projeto de lei 4.905/1995: Art. 11. Obrigações Contratuais – As obrigações contratuais são regidas pela lei escolhida pelas partes. Esta escolha será expressa ou tácita, sendo alterável a qualquer tempo, respeitado o direito de terceiros. § 1º. Caso não tenha havido escolha ou a escolha for ineficaz, o contrato será regido pela lei do país com o qual mantenha vínculos mais estreitos. § 2º. Se uma parte do contrato for separável do restante, e*

Visto que as normas relativas à lei aplicável, consagradas pelos sistemas jurídicos dos países que integram o MERCOSUL não operam no sentido da colaboração que deve norteá-lo, tornando efetivo o Tratado de Assunção (1991): o Mercado Comum implica no “compromisso dos Estados-Partes de harmonizar as suas legislações, nas áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração”⁴⁹, compromisso que reflete vocação constitucional dos países que integram o mercado comum: a Constituição brasileira assegura que o país “buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando a formação de uma comunidade latino-americana de nações.”⁵⁰ Vocação esta encontrada também nas Constituições uruguaia⁵¹, paraguaia⁵², venezuelana⁵³ e argentina⁵⁴.

mantiver conexão mais estreita com a lei de outro país, poderá esta ser aplicar-se em caráter excepcional.

⁴⁹ Art. 1º.

⁵⁰ Constituição Federal, art. 4º, parágrafo único.

⁵¹ (...) *La República procurará la integración social y económica de los Estados Latinoamericanos,*

O “CAMINHO JURÍDICO” A SER ADOTADO NO ÂMBITO DO MERCOSUL. UMA ALTERNATIVA

Se justificável a tutela da lei nacional para os contratos de direito interno, afigura-se como

especialmente en lo que se refiere a la defensa común de sus productos y materias primas.(...) – Artigo 6°.

⁵² *La República del Paraguay, en condiciones de igualdad con otros Estados, admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo, en lo político, económico, social y cultural. (...)*
– Artigo 145.

⁵³ Do preâmbulo da Constituição: (...) *promueva la cooperación pacífica entre las naciones e impulse y consolide la integración latinoamericana de acuerdo con el principio de no intervención y autodeterminación de los pueblos. (...)*

⁵⁴ *Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Art. 75, 22 (competência do Congresso).*

“inadequada” em relação aos contratos internacionais.⁵⁵

Passo decisivo será que os países integrantes do MERCOSUL se disponham, de forma uniforme, a reformar as suas normas, realizando a coesão “requerida pelo esforço de construção de projeto de integração”⁵⁶, para consagrar a autonomia da vontade como o elemento de conexão para fazer a indicação da lei aplicável às obrigações decorrentes dos contratos internacionais de comércio. A reforma das leis internas representaria manifestação, ainda, do “processo evolutivo” que informa os fenômenos de integração, ao lado de garantir “às partes privadas certeza e previsibilidade com relação às normas regentes dos seus negócios.”⁵⁷

⁵⁵ CASELLA, Paulo Borba. *Utilização...*, p. 104.

⁵⁶ CASELLA, Paulo Borba. *Mercosul: exigências...*, p. 227.

⁵⁷ JACQUES, Daniela Corrêa. *A adoção do Princípio da Autonomia da Vontade na Contratação Internacional pelos países do MERCOSUL*. In MARQUES, Cláudia Lima, e ARAÚJO, Nádia (organiz.) *O novo Direito Internacional – estudos em homenagem a Erick Jaime*. RJ: Renovar, 2005, p. 292. Nessa senda, oportuna a expressão de João

Certo que há dificuldades, que tem de serem superadas, em prol do MERCOSUL, na construção da almejada uniformidade, óbices lembrados por Daniela Corrêa Jacques: o “territorialismo exarcebado das disposições do Direito Internacional Privado e o excessivo intervencionismo estatal na prática jurídica”.⁵⁸ Explicáveis as apontadas dificuldades pela importação das doutrinas européias no momento em que os países sul-americanos precisaram consolidar a sua independência, territorialismo que repercute, ainda hoje, na prática judiciária pela arraigada tendência de preferência pela *lex fori*, aliada a um extenso entendimento de que se

Grandino Rodas. *Lembre-se, finalmente, que o contratante estrangeiro, ao sopesar o “custo Brasil”, leva em conta, também, a certeza jurídica internas relativas à contratação internacional.* Elementos de Conexão do Direito Internacional Privado. In RODAS, João Grandino (Coord.) *Contratos...* p. 63/64.

⁵⁸ Adoção do Princípio da Autonomia da Vontade na Contratação Internacional pelos países do MERCOSUL. In MARQUES, Cláudia Lima, e ARAUJO, Nadia (Org.) *O novo Direito Internacional – estudos em homenagem a Erick Jayme*. RJ: Revovar, 2005, p 279.

constitui como ordem pública, excludente da aplicação do direito estrangeiro.⁵⁹

Em contrapartida às dificuldades, anima encontrar em Paulo Napoleão Nogueira da Silva a afirmação de que

“as ordens constitucionais argentina e paraguaia não oferecem obstáculos de maior monta à integração jurídica, política e econômica do Mercosul. Sob

⁵⁹ Valiosa a explanação sobre o territorialismo realizada por Daniela Corrêa Jacques, Sintetiza a autora. *Os países do MERCOSUL foram fortemente influenciados pelas correntes territorialistas e positivistas que marcaram o século passado, no campo das ciências jurídicas, mormente no Direito Internacional Privado. Em conjunto com movimentos políticos autoritários e nacionalistas, na segunda metade do século XX, essas condições impossibilitaram uma maior expansão com relação à liberdade contratual das partes, principalmente no âmbito internacional. A prática jurídica incorporou essas considerações, adotando um posicionamento mais conservador, o que, no Direito Internacional Privado, representou a recusa ao princípio da autonomia da vontade.* Ob. cit. p.281 e segs.

tal ótica, em tese, as maiores dificuldades parecem residir nos sistemas brasileiro e uruguaio, que necessitam de adaptações constitucionais para colimar as finalidades do “bloco”⁶⁰.

Uma maior integração impõe o abandono dos “preceitos mecânicos que invocam a *Lex loci contractus* ou a *lex loci solutionis*, regras que são tão implausíveis como impraticáveis”, porquanto não afastam, nas transações comerciais o risco decorrente da diversidade legislativa, que consagra leis substantivas e procedimentos diferentes pelos diversos sistemas jurídicos⁶¹.

É se pautar, nos moldes reconhecidos pela comunidade internacional, pela consagração da autonomia da vontade, assegurando às partes a

⁶⁰ *Direito Constitucional do Mercosul*. RJ: Forense, 2000, p. 31/35.

⁶¹ JUENGER, Friederich K. *Escolha da lei do contrato nas Américas*. In CASELLA, Paulo Borba. *MERCOSUL – Integração Regional e Globalização*. RJ: Renovar, 2000, p. 465.

escolha da lei aplicável aos contratos internacionais⁶². Este o “caminho jurídico”⁶³ para se alcançar a almejada uniformização, pelo qual possa ocorrer o livre e seguro fluxo internacional de produtos e serviços, com segurança. A escolha de lei aplicável, aliada à escolha do foro e a adoção da arbitragem representam instrumentos indispensáveis para a conexão entre sistemas jurídicos e judiciais que ameaçam a segurança legal dos negócios transnacionais.⁶⁴

Uma alternativa que se apresenta: a adoção pelos países que integram o MERCOSUL dos *Princípios* do UNIDROIT, conjunto de regras que pode ser utilizadas por todos os países, pouco importando as diferenças de suas instituições jurídicas, econômicas, ou políticas, viabilizando os negócios transfronteiriços. Consoante o seu

⁶² Cf. ARAUJO, Nadia. *Contratos Internacionais: Autonomia da Vontade, MERCOSUL E Convenções Internacionais*. RJ: Renovar, 2000, p. 124.

⁶³ Expressão de Boris Kozolchyk (*in El Derecho Comercial Ante El Livre Comercio y El Desarrollo Económico*) lembrado por JUENGER, Friederich K. Ob.cit., p. 479.

⁶⁴ V. JUENGER, Friederich K. Ob.cit. p. 479. (?)

preâmbulo, é de lembrar, os *Princípios* oferecem “regras gerais para contratos comerciais internacionais e que podem servir de modelo para legisladores nacionais e internacionais”⁶⁵, ou, o que se apresenta mais viável, seria a incorporação aos sistemas jurídicos dos países do MERCOSUL da “estrela guia da lei aplicável interamericana”⁶⁶, a CIDIP V, hoje recepcionada apenas pela Venezuela.

⁶⁵ Princípios do UNIDROIT: *PREÂMBULO (Objetivo dos Princípios)* - *Estes Princípios estabelecem regras gerais para contratos comerciais internacionais. Devem ser aplicados caso as partes tenham acordado que o seu contrato será regulado por eles. Podem ser aplicados caso as partes tenham acordado que o seu contrato será regulado por princípios gerais de direito, pela lex mercatoria, ou similares. Podem ser aplicados caso as partes não tenham escolhido nenhuma lei para regular o seu contrato. Podem ser usados para interpretar ou suplementar instrumentos internacionais de direito uniforme. Podem ser usados para interpretar ou suplementar leis nacionais. Podem servir de modelo para legisladores nacionais e internacionais.*

⁶⁶ JUENGER, Friederich K. Ob. cit., p. 479.

A CIDIP V, que teve como inspiração a Convenção de Roma (1980) ⁶⁷, bem cuida quanto às questões da lei aplicável aos contratos internacionais. Assim é que consagra a possibilidade das partes elejam, expressa ou tacitamente, a lei de regência, escolha passível se ser, a qualquer momento, sujeita à modificação, e à *dépeçage* ⁶⁸. Na ausência da escolha, adota o

⁶⁷ Entretanto, a CIVIP V diverge da Convenção de Roma, quanto à escolha de uma lei não nacional. Pontua Friederich K. Juenger: *em claro contraste com a Convenção de Roma, a Convenção da Cidade do México permite aos contratantes optar por uma lei não nacional, tal como a lex mercatoria ou sua versão codificada, os Princípios da UNIDROIT sobre Contratos do Comércio Internacional. Tal liberdade de escolha está mais bem sintonizada com a realidade comercial moderna do que a estranha insistência retrógrada da Convenção de Roma, que limita a opção das partes por ordenamentos jurídicos positivos.* (Escolha... p. 476).

⁶⁸ Artigo 7 – *O contrato rege-se pelo direito escolhido pelas partes. O acordo das partes sobre esta escolha deve ser expresso ou, em caso de inexistência de acordo expresso, depreender-se de forma evidente da conduta das partes e das cláusulas contratuais, consideradas em seu conjunto. Essa escolha poderá referir-se à totalidade do contrato ou*

princípio da proximidade, por entender aplicável a lei do país com que o contrato mantenha vínculos mais estreitos ⁶⁹. Autoriza, ainda, a

a uma parte do mesmo. A eleição de determinado foro pelas partes não implica necessariamente a escolha do direito aplicável.

Artigo 8 – As partes poderão, a qualquer momento, acordar que o contrato seja total ou parcialmente submetido a um direito distinto daquele pelo qual se regia anteriormente, tenha este sido ou não escolhido pelas partes. Não obstante, tal modificação não afetará a validade formal do contrato original nem os direitos de terceiros.

⁶⁹ *Artigo 9 – Não tendo as partes escolhido o direito aplicável, ou se a escolha do mesmo resultar ineficaz, o contrato reger-se-á pelo direito do Estado com o qual mantenha os vínculos mais estreitos.*

O tribunal levará em consideração todos os elementos objetivos e subjetivos que se depreendam do contrato, para determinar o direito do Estado com o qual mantém os vínculos mais estreitos. Levar-se-ão também em conta os princípios gerais do direito comercial internacional aceitos por organismos internacionais. Não obstante, se uma parte do contrato for separável do restante do contrato e mantiver conexão mais estreita com outro Estado, poder-se-á aplicar a esta parte do contrato, a título excepcional, a lei desse outro Estado.

adoção e princípios, normas e costumes do Direito Comercial Internacional, da *lex mercatoria* ⁷⁰.

A vigência, em todos os países do MERCOSUL da CIDIP V faz concluir, como o fez Jacob Dolinger, embora tenha tido como alvo o sistema jurídico brasileiro, ao comentar o projeto de lei (4.905/1995), conclusão que pode ser ampliada para alcançar todos os demais países do bloco mercosulino, com vistas à uniformização legislativa.

“O disposto no caput do artigo 11 do Projeto, sobre a escolha da lei aplicável, levaria o Brasil a integrar-se na comunidade jurídica internacional, que, por meio das leis internas e

⁷⁰ *Artigo 10 – Além do disposto nos artigos anteriores, aplicar-se-ão, quando pertinente, as normas, costumes e princípios do direito comercial internacional, bem como os usos e práticas comerciais de aceitação geral, com a finalidade de assegurar as exigências impostas pela justiça e a equidade na solução do caso concreto.*

de inúmeras convenções, já consagrou a autonomia da vontade na determinação da lei aplicável e, com o parágrafo 1º estaria a lei brasileira se adequando à moderna visão do direito internacional privado, que vem abandonando as regras de conexão fixas e rígidas, para adotar o princípio da proximidade, flexível, adaptável de caso a caso, na procura daquilo que sempre foi o objetivo principal da ciência conflitual – encontrar a lei apropriada para cada hipótese.”⁷¹

Restaria em aberto, a exigir a construção de um entendimento uniforme pelos países que integram o MERCOSUL, o real conteúdo da ordem

⁷¹ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado – parte geral*. RJ: Renovar, ed. 7, 2003, p. 330.

pública que inibe a aplicação da lei aplicável (quando estrangeira) mesmo que escolhida pelas partes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAUJO, Nadia. *Contratos Internacionais: Autonomia da Vontade, MERCOSUL E Convenções Internacionais*. RJ: Renovar, 2000.
- BASEDOW, Jürgen. O MERCOSUL como modelo de integração. In RODAS, João Grandino. *Contratos Internacionais*. SP: Revista dos Tribunais, ed. 3, 2002.
- BASTOS, Celso Ribeiro e KISS. Eduardo Amaral. *Contratos Internacionais*. SP: Saraiva, 1990.
- BAPTISTA, Luiz Olavo. *Dos contratos internacionais: uma visão teórica e prática*. SP: Saraiva, 1994.
- CASELLA, Paulo Borba. *MERCOSUL: exigências e perspectivas: integração e consolidação de aspecto econômico (1995 – 2001 – 2006)*. SP: LTr, 1966.
- _____. Utilização no Brasil dos Princípios UNIDROIT relativos ao Contratos Comerciais

Internacionais. *In* CASELLA, Paulo Borba. *Contratos Internacionais e Direito Econômico no MERCOSUL – Após o término do período de transição*. SP: LTr, 1996.

DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado – parte geral*. RJ: Renovar, ed. 7, 2003.

FERNÁNDEZ, Rodolfo Dávalos. La regulación Jurídica del Contrato Internacional. *In* GALLARDO, Leonardo B. Pérez (Coord.) *El Derecho de Contratos en los Umbrales del Siglo XXI*. SP: MP Editora, 2007.

GAMA JR., Lauro. *Contratos Internacionais à luz dos Princípios do UNIDROIT – soft Law, arbitragem e jurisdição*, RJ: Renovar, 2006.

_____. *Os Princípios do UNIDROIT, relativos aos contratos do comércio internacional: uma nova dimensão harmonizadora dos contratos internacionais*. Disponível em <http://www.oas.org/dil/esp/95-142%20Gama.pdf>.

_____. Os princípios do UNIDROIT relativos aos contratos comerciais internacionais e sua aplicação nos países do MERCOSUL. *In* RODAS,

João Grandino (Coord.). *Contratos Internacionais*. SP: Revista dos Tribunais, ed. 3, 2002.

GOUVEIA, João Carlos Bertola Franco de. *O princípio da autonomia da vontade na arbitragem comercial internacional no Mercosul*. Disponível em www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/.../074.pdf.

JACQUES, Daniela Corrêa. A adoção do Princípio da Autonomia da Vontade na Contratação Internacional pelos países do MERCOSUL. In MARQUES, Cláudia Lima, e ARAÚJO, Nádia (organiz.) *O novo Direito Internacional – estudos em homenagem a Erick Jaime*. RJ: Renovar, 2005, p. 292.

JUENGEN, Friederich K. Escolha da lei do contrato nas Américas. In CASELLA, Paulo Borba. *MERCOSUL – Integração Regional e Globalização*. RJ: Renovar, 2000,

NOGUEIRA DA SILVA, Paulo Napoleão. *Direito Constitucional do Mercosul*. RJ: Forense, 2000.

RODAS, João Grandino. *Elementos de Conexão do*

Direito Internacional Privado. In RODAS, João Grandino (Coord.) Contratos Internacionais. SP: Revista dos Tribunais, ed. 3, 2002.

STRENGER, Irineu. *Aplicação de normas de ordem pública nos laudos arbitrais.* SP: RT, a. 75, n. 606 (9/12), abr, 1986.

_____. *Contratos Internacionais de Comércio.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

VICENTE, José Maria Espinar. *La regulación jurídica de los contratos internacionales de contenido económico.* Madrid: Editoriales de Derecho Reunidos, 1979.