

Direito aplicável aos contratos comerciais: os contratos internacionais de transporte de bens

Autor: José Augusto Fontoura Costa¹

Navigare necesse, vivere non necesse

(Pompeu)

Cada um rema sozinho uma canoa que navega um rio diferente, mesmo parecendo que esta pertinho.

(João Guimarães Rosa)

Introdução

Desde que, há mais de duzentos anos, iniciou-se na Europa continental a codificação do Direito Privado lançavam-se as bases das disciplinas jurídicas do Direito Comparado e do Direito Internacional Privado moderno: como o conteúdo das normas civis e comerciais passou a derivar da vontade do Soberano, soterrando as pretensões jusnaturalistas, a aplicação internacional do Direito codificado passou a enfrentar os desafios da diferença de conteúdos normativos em cada país e do reconhecimento e aplicação das disposições estrangeiras.

O Regime Jurídico dos Contratos Comerciais (RJCC) não escapa a esses desafios. Por conseguinte, o presente capítulo tem por objetivo de compreender o tratamento previsto para os contratos internacionais e, particularmente, para o transporte internacional. Cabe um esclarecimento: como se verá em maior detalhe, o contrato internacional é definido no RJCC a partir da presença de qualquer vínculo para além de um único Estado. Já o transporte internacional se refere a um deslocamento de bens ou pessoas que transite pelo território de mais de um Estado. É, portanto, possível haver um contrato internacional de transporte cujo objeto não seja o transporte internacional.

¹ Professor de Direito do Comércio Internacional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor da Faculdade de Direito de Sorocaba e da Universidade CEUMA (São Luís). Correspondente da Unidroit para o Brasil. Bolsista produtividade do CNPq. Advogado e árbitro.

Este capítulo, portanto, tem a finalidade de discutir a determinação do Direito aplicável aos contratos internacionais de transporte no Direito moçambicano com ênfase na escolha autorizada pelo RJCC. Para tanto, discute detalhadamente um importante documento internacional: os Princípios da Haia sobre a Escolha da Lei Aplicável aos Contratos Comerciais Internacionais (PLAC).

Ocorre que, como também se dá nos Direitos paraguaio e uruguaio, lançou-se mão desse modelo normativo, criado em 2015 pela Conferência da Haia de Direito Internacional Privado. Ressalte-se, entretanto, a opção do Legislador moçambicano em replicar de maneira quase literal o texto dos PLAC. Consequentemente, não se indicam nos RJCC quaisquer critérios de determinação do Direito aplicável na hipótese de não ser possível identificar uma vontade válida para escolher um Direito. Por essa razão, empregam-se, por residuais, as normas do Código Civil de Moçambique.

É preciso, portanto, avaliar esse quadro do ponto de vista do transporte internacional. Como se observará, pelo menos para alguns modais e empresas de grande dimensão, a presença de contratos e cláusulas padronizadas resolvem, já que expressas, os problemas da configuração da vontade tácita e da utilização de critérios suplementares. Por outro lado, para operações menores em mercados menos estruturados, como nos fretes rodoviários regionais, as regras que substituem a escolha ganham dimensão bastante maior. Com o estudo dessa circunstância, encerra-se a parte expositiva do trabalho.

Em conclusão, apresenta-se uma discussão em torno das possibilidades interpretativas e legislativas para o campo dos contratos de transporte internacional.

1. A escolha do Direito aplicável aos contratos comerciais no Regime Jurídico dos Contratos Comerciais

Por meio do Decreto-Lei 3/2022 o Conselho de Ministros de Moçambique aprovou o RJCC. Nesse diploma legal há várias regras sobre a determinação e a escolha da lei aplicável aos contratos comerciais, nomeadamente o Artigo 6, nas Disposições Gerais, e os Artigos 582 a 594, no Título III – “Escolha da Lei Aplicável aos Contratos Internacionais”.

O Decreto 3/2022, que pôs em vigor o RJCC, assevera ter “como base as orientações mais avançadas sobre a matéria, bem como a necessidade de harmonizar as disposições sobre as obrigações e os contratos com outros regimes mais progressistas e mais amigos da economia de mercado e do desenvolvimento.” Reaparece, assim, a preocupação com os ajustes necessários para a conversão de institutos jurídicos respaldados pela lógica socialista para uma matriz liberal. Já o objetivo de harmonização aponta para a busca de uniformidade material com outros sistemas jurídicos.

Nesse sentido, o Legislador moçambicano optou por se inspirar em um instrumento internacional recente e, em linhas gerais, ousado. Portanto, a compreensão e interpretação do Título III do RJCC são favorecidos por um breve estudo dos Princípios da Haia sobre a Lei Aplicável aos Contratos Comerciais Internacionais (PLAC).

1.1 Os Princípios da Haia sobre a Lei Aplicável aos Contratos Comerciais Internacionais (PLAC)

Trata-se de um instrumento editado pela Conferência da Haia para a Harmonização do Direito Internacional Privado em 2015². Ao contrário dos outros instrumentos da Conferência da Haia, normalmente convenções a serem adotadas pelos Estados e incorporadas a seu ordenamento jurídico, os PLAC se apresentam na forma de textos consistentes com aquilo que se concertou serem expressões principiológicas gerais e, portanto, (1) aplicáveis por seu próprio mérito, como princípios ou (2) passíveis de incorporação aos Ordenamentos estatais.

Como se esclarece nos itens I.8 a I.10 da Introdução, é um instrumento formalmente *não-vinculante*. Isso significa não estarem atrelados aos PLAC nenhum dever ou obrigação para os Estados, como ocorreria no caso de convenções internacionais como, por exemplo, a Convenção das Nações Unidas para a Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG). Essa natureza explica a posição dos princípios em relação ao Direito Internacional Público, mas não determina seu papel Direito do Comércio Internacional, particularmente no campo da nova *lex mercatoria*. Por isso, no preâmbulo, se reconhece que “podem ser aplicados por cortes estatais e tribunais arbitrais”. Ora, julgadores aplicam normas e, portanto, os princípios aqui

² Para o texto em inglês, <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135>, para o texto em francês, <https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/full-text/?cid=135> Para o presente capítulo, exceto se indicado de outro modo, os textos referidos a do PLAC são estes, em inglês e francês, consultados conjuntamente.

estudados já se constituem como tais para partes, árbitros e juízes, ainda que não-vinculantes para os Estados. Ainda que seja possível alegar uma considerável opacidade do texto e da sistemática dos PLAC³, é difícil negar haver uma presunção forte de seu caráter normativo intrínseco.

A redação, portanto, se faz buscando adequação com a aplicação direta, sobretudo na arbitragem internacional, e, portanto, se distancia da formulação própria das *leis uniformes*, cujo texto é especificamente elaborado para poder, não desejando o Legislador alterar qualquer dispositivo, ser integrado sem quaisquer mudanças aos Ordenamentos internos. Não é o caso dos PLAC.

Seu preâmbulo, é verdade, admite expressamente que eles “podem ser usados como modelo para instrumentos (...) nacionais” e o comentário referente a tal afirmação aponte para a harmonização do Direito, dando-se eficácia à autonomia das partes por meio da “aceitação destes princípios nos instrumentos presentes e futuros”. Entretanto, a utilização pelos legisladores não é a única: na introdução (I.20) há referência expressa a “legisladores, cortes estatais, tribunais arbitrais, partes e seus consultores jurídicos”.

Há, também, algumas sugestões de que o Legislador pode adaptar as normas para as adequar ao Direito interno. Na introdução (I.20, a) se esclarece que os PLAC “constituem um modelo que pode ser usado para criar novas, suplementar e desenvolver regras sobre a escolha do Direito aplicável”.

Do ponto de vista de seu conteúdo, os PLAC se voltam à promoção da mais ampla autonomia das partes na escolha do Direito aplicável aos contratos. Para tanto, restringem sua aplicabilidade aos contratos comerciais internacionais, excluindo expressamente os contratos de consumo e de trabalho (Artigo 1). Esse duplo recorte do âmbito material é importante para a obtenção de um consenso mais confortável sobre a matéria, dada a expectativa de que comerciantes atuando internacionalmente tendem a ser pouco vulneráveis, exigindo menor proteção estatal.

A definição de contrato internacional é bastante interessante. Adota-se uma perspectiva negativa, ou seja, o que caracteriza a internacionalidade do contrato não é um ou outro elemento, mas a *ausência* de qualquer vínculo com outros direitos. A vontade das partes, entretanto, não é relevante para a categorização como

³ MARSHALL, Brooke. The Hague Choice of Law Principles, CISG, and PICC: a hard look at a choice of soft law. *The American Journal of comparative Law*, v. 66. P. 175-216. Em especial, p. 188-190.

internacional. Essa abordagem se harmoniza com aqueles ordenamentos jurídicos que não admitem a escolha do Direito em contratos estritamente internos, ou ao menos estabelecem um regime mais restritivo⁴.

Para esse campo de relações jurídicas a regra defendida é de uma amplíssima liberdade de escolha, a qual contempla as possibilidades de (1) determinar a lei para todo o contrato, para apenas uma seção do contrato ou diferentes leis para diferentes seções, (2) modificar a lei aplicável a qualquer momento, (3) indicar leis que não tenham qualquer relação subjetiva ou objetiva com o contrato e (4) escolher normas não estatais, desde que sejam “normas de direito geralmente aceitas (...) como neutras e equilibradas”⁵ (Artigos 2 e 3). Atente-se à diferença entre a possibilidade de indicar qualquer Direito, ainda que sem conexão com os elementos do contrato, e a impossibilidade de converter um contrato estritamente interno em internacional pela pura e simples força da vontade.

A escolha pode ser expressa ou tácita, modalidade em que o Direito “resulta claramente das disposições ou das circunstâncias do contrato”. A escolha de jurisdição – arbitral ou judicial – não implica, *per se*, presunção de indicação do Direito aplicável (Artigo 4), embora possa ser um indício significativo. Observe-se: a escolha tácita é uma vontade presumida, ou seja, construída a partir de elementos subjetivos que possam, porventura, possibilitar a identificação inequívoca do Direito aplicável; não entram em sua composição noções como o centro de gravidade do contrato ou a sua maior proximidade – trata-se de uma manifestação indireta da vontade, apenas isso.

Não se faz referência a quaisquer critérios subsidiários de indicação da lei aplicável aos contratos para além da escolha das partes, o que é coerente com o objetivo de tratar especificamente da autonomia⁶. Consequentemente, os PLAC não oferecem

⁴ SYMEONIDES, Symeon C. The Hague Principles on Choice of the Law for International Contracts: some preliminary comments. *The American Journal of Comparative Law*, vol. 61, n. 4. 2012. P. 873-899. Em especial, P. 879-880

⁵ Para uma discussão detalhada do regime dos PLAC sobre a escolha dos Princípios da Unidroit para os Contratos Comerciais Internacionais e da CISG, veja-se MARSHALL, *The Hague... Passim*.

⁶ MARSHALL, *The Hague...* P. 184: “Unlike traditional private international law rules, the Hague Principles do not provide rules for determining the law applicable to the contract where parties have not made a choice of law. The Hague Conference did not make provision for these rules on the basis that the aim of the Hague Principles is to further party autonomy in choice of law rather than to provide a comprehensive regime for determining the law applicable to international commercial contracts.”

qualquer solução para o contrato internacional cujo Direito aplicável não possa ser identificado a partir da vontade das partes.

Quando expressa, a escolha pode ser feita em qualquer forma, salvo se as partes convencionarem de outro modo (Artigo 5). Não há, portanto, vinculação à forma do contrato ao qual tal escolha se refira. Além disso, a eventual invalidade do contrato não compromete a escolha do Direito, imunizada por força do Artigo 7. Essa regra é denominada “separabilidade” como equivalente ao termo inglês “*severability*”, admitindo-se um neologismo anglicista com apoio do comentário 7.5⁷.

Há, também, limites à aplicação e à eficácia dos direitos estrangeiros indicados pelas partes. Estas se referem às *normas de aplicação imediata* e à proteção da *ordem pública*⁸. A primeira categoria é composta por aquelas normas pertencentes ao Ordenamento do foro que, em razão de sua natureza, não podem ser afastadas pelos tribunais e substituídas por Direito estrangeiro. É o caso de normas constitucionais, administrativas, penais, processuais e, até mesmo, aquelas de Direito Privado que assim se caracterizam (Artigo 11.1). Normas estrangeiras também podem ser mantidas, em detrimento das de outro Direito ou da própria *lex fori*, especialmente em decorrência de sua aplicabilidade territorial direta reconhecida pelo foro, sobretudo em razão da regulação de fatos e circunstâncias territorialmente situados em país estrangeiro ou do alcance pessoal de certas normas (Artigo 11.2). Trata-se, portanto, da aplicação do Direito do foro, do território ou da pessoa em decorrência da natureza dessas normas, que não podem dar lugar à aplicação de quaisquer outras.

A noção de exceção por razão de ordem pública é bastante distinta. Seu objeto é a possibilidade de excluir a aplicação de um Direito estrangeiro se, em análise prospectiva hipotética, o julgador entender que os efeitos gerados feririam a ordem juridicamente garantida no país do foro. Aparece no Artigo 11.3, assim definida sua hipótese normativa: “se, e na medida em que, o resultado de tal aplicação for

⁷ *In verbis*: “The term “*severability*” has a well-understood meaning in the literature, where it is used to describe the “survival” of the choice of law clause if the underlying contract is found to be invalid. It is an accepted technical term and this is the reason why it has been chosen. In languages other than English, “*severability*” has no specific corresponding term and is translated into “*separability*”. The words “*separable*”, “*independent*” “*autonomous*” are employed in the literature dealing with arbitration and choice of forum clauses.”

⁸ Para um estudo do tema nos PLAC, veja-se DICKINSON, Andrew. Oiling the machine: overriding mandatory provisions and public policy in the Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts. *Uniform Law Review*, v. 22. 2017. P. 402-421.

manifestamente incompatível com a ordem pública do foro”. O objeto da exceção, portanto, não é a *norma* em si, mas os *efeitos de sua aplicação*.

Ainda nessa temática, os PLAC abordam uma importante preocupação estatal em termos de escolha da lei aplicável: a possibilidade de utilizar um ordenamento sem relação com a causa (o que é permitido pelo Artigo 2.4) para circundar proibições existentes na *lex fori* (conforme Artigo 11.1, 2 e 3) ou em outro Ordenamento relevante, o qual seria aplicável em função dos critérios de conexão legais em razão dos elementos de conexão indicados (Artigo 11.4).

Nesse sentido, é bastante importante deixar muito claro o sentido deste princípio: é a *lex fori* que determina em que medida o julgador pode levar em conta a ordem pública de um país estrangeiro, na hipótese em que tal Direito seria subsidiariamente indicado, supondo a ausência ou a ineficácia da escolha do Direito pelas partes. Não se trata da escolha pelo juiz ou árbitro da lei a ser aplicada, mas da possibilidade de afastamento dos efeitos da lei escolhida pelas partes em respeito à ordem pública da lei indicada conforme a sistemática do Direito Internacional Privado do foro.

1.2 A absorção dos PLAC por Direitos estatais

Moçambique não é o primeiro país a adotar os PLAC como modelo legislativo. O Paraguai e o Uruguai promulgaram leis neles inspiradas em 2015 e 2020, respectivamente. Em ambos estes casos verifica-se uma forte inspiração, revelada no teor das normas e no seu próprio texto, com vários trechos reproduzidos *ipsis litteris*. Foram adaptadas, não obstante, a seu uso como regime de direito interno.

No Paraguai, a Lei 5.393 foi promulgada em janeiro de 2015, antes mesmo da aprovação dos PLAC pela Conferência da Haia. A cobertura material da lei é bastante estrita, pois restringe seu escopo aos contratos comerciais internacionais. Embora mantenha o espírito de atribuir ampla margem de atuação para a vontade das partes, a lei paraguaia altera e, sobretudo, complementa os PLAC com o objetivo de os adequar às funções de Direito Interno.

Já no início do diploma paraguaio restringe-se o campo material de sua aplicação. Para tanto, além das relações de consumo e trabalho, também exclui os contratos de franquia, representação, agência e distribuição. A legítima preocupação do Legislador é a da proteção das partes mais vulneráveis, considerando que, apesar de sua natureza

comercial, esses tipos de relação constantemente se assemelham às de trabalho. É certo que, conforme o sistema moçambicano, sempre que se caracterize efetivamente uma relação laboral, independentemente de sua vestimenta formal, a escolha da lei aplicável nos termos do RJCC será afastada. Há outras diferenças de texto entre a lei paraguaia, a moçambicana e os PLAC. Optou-se, porém, por chamar a atenção às mais importantes, embora seja recomendável ao jurista moçambicano uma leitura comparativa crítica com a lei sul-americana. Além das diferenças de redação, há normas exclusivas do Direito paraguaio.

O aspecto mais importante é a expressa adoção de regras suplementares. A primeira delas (Artigo 11,1 da Lei paraguaia) estabelece que “o contrato se regerá pelo Direito com o qual tenha vínculos mais estreitos”, avaliando-se elementos objetivos e subjetivos para tanto (Artigo 11, 2). Observe-se, para maior clareza, serem *subjetivos* os aspectos referentes ao sujeito, como sua nacionalidade e domicílio, *v.g.*, não a sua eventual vontade tácita. Além disso, o Legislador paraguaio optou por dar *status* de fonte material suplementar à nova *lex mercatoria* e ao Direito Comparado (Artigo 12). Regula-se, ainda, a questão dos Estados cujo Direito material varia entre distintas unidades internas (estados, províncias, etc.) por meio de uma regra de proximidade (Artigo 16) e a eventual exigibilidade formal de registro (Artigo 15).

No Uruguai, a Lei 19920 de 2020⁹, denominada Lei Geral de Direito Internacional Privado (LGDI), foi promulgada com uma cobertura bastante mais ampla, tendo por finalidade funcionar como um código de Direito Internacional Privado. Por essa simples razão as normas originadas nos PLAC são *recontextualizadas em um regime específico*, passando a ser interpretadas e aplicadas em conformidade sistemática com as demais disposições deste sistema legal. A opção Paraguai afasta-se menos do contexto internacional originário.

Um interessante elemento na estrutura geral da Lei uruguaia é a expressa e reiterada admissão das particularidades do Direito do Comércio Internacional, reconhecido como “um direito de caráter especial” já em seu Artigo 13. Nesse mesmo dispositivo admite uma estrutura de fontes mais ampla, inclusive pelo uso de “princípios

⁹ Para a lei uruguaia, veja-se <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/19920-2020>

gerais aplicados aos contratos”, a jurisprudência judiciária e arbitral, bem como a doutrina. Por fim, ordena a aplicação, quando pertinente, dos:

[U]sos que sejam amplamente conhecidos e regularmente observados no tráfico mercantil pelos sujeitos participantes, o de aceitação geral neste tráfico, e os princípios gerais de direito comercial internacional reconhecidos pelos organismos internacionais de que a República faz parte.

Portanto, como o Uruguai é Membro do Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (Undroit), os Princípios Unidroit sobre os Contratos Comerciais Internacionais se apresentam como fortes candidatos à aplicação pelas cortes deste país. De modo similar, talvez com certa ironia, os próprios PLAC podem ser empregados pelos juízes uruguaios em razão de sua cobertura material e em razão de a República Oriental ser, também, membro da Conferência da Haia. Isso tudo, obviamente, sem prejuízo de outros instrumentos internacionais.

Porém a absorção legislativa dos PLAC se dá, de modo direto, na Seção I do Capítulo IX da LGDI, a qual se estende do Artigo 44 ao 51. Há, aqui, um distanciamento ainda maior que o paraguaio em relação ao instrumento internacional pois, ainda que traços de sua redação sejam bastante claros, as linhas gerais do regime uruaio divergem dos PLAC. Isso decorre, dentre outras causas, do fato de serem tais regras destinadas não apenas aos contratos comerciais, mas também a acordos de natureza civil¹⁰.

Embora não seja o caso de detalhar, aqui, essas diferenças, é interessante observar as regras para, na ausência da escolha, determinar o Direito aplicável. Em primeiro lugar, há uma série de elementos de conexão conforme a categoria dos contratos (Artigo 48, A a C). Caso esses critérios não possam ser utilizados, valerá a lei do lugar da celebração e, na sua falta, o Direito com o qual há laços mais estreitos. Há, ainda, regra especial sobre os contratos de transporte por água, regidos pela Lei de Direito Comercial Marítimo (Lei 19.246 de 2014).

¹⁰ É certo que a ampla gama de regras especiais elencadas no Artigo 50, A a H, exclui da cobertura os contratos de trabalho e os de consumo. Isso, porém, não evita que se alcancem inúmeros contratos civis, para além dos em que “cada parte atua no exercício de sua atividade comercial ou profissional” (PLAC, Art. 1)

Para as finalidades do presente capítulo, preocupado com os contratos de transporte, é interessante refletir sobre as opções paraguaia e uruguaia em termos de regras de conexão para as situações em que não há escolha pelas partes. Ambas reproduzem a disposição do PLAC a respeito da possibilidade de escolher por meio de vontade expressa ou tácita. Quando falta tal vontade, a opção paraguaia é o emprego do Direito com vínculo mais estreito. É um critério bastante interessante, mas apresenta dificuldades com referência aos contratos de transporte internacional, cuja atividade central é exatamente o deslocamento de bens do território de uma jurisdição para outro.

1.3 As normas do PLAC no RJCC

Os artigos 1 a 12 dos PLAC são virtualmente idênticos aos Artigos 582 a 593 do RJCC, ou seja, todo o conteúdo do título referente à escolha da lei aplicável. Essa absorção imediata tem a vantagem de aproximar a legislação moçambicana de um importante instrumento internacional, cuja elaboração cuidadosa e revisão por especialistas aproxima do estado da arte sobre o tema.

Com a promulgação do RJCC houve o afastamento da aplicabilidade das regras do Código Civil de Moçambique a respeito da escolha do Direito aplicável aos contratos, as quais continuam válidas para outros contratos, mas já não se aplicam aos contratos comerciais internacionais. O CC moçambicano limita o campo da escolha a leis caracterizadas por um interesse sério na sua escolha ou esteja em conexão com algum elemento do negócio jurídico (Artigo 41º, 2), o que foi substituído pela liberdade de escolha contemplada no PJCC, a qual permite a escolha de qualquer Direito e a própria opção por regras regionais ou transnacionais. Além disso, não exige que o contrato seja internacional para que as partes possam escolher a lei.

A equivalência dos conteúdos do RJCC aos textos em inglês e francês é muito marcante. A única exceção é o item ii da alínea b do Artigo 591, cujo texto é “os meios de defesa oponíveis ao credor”, enquanto os textos originais do Artigo 10, b, ii dps PLAC corresponderiam a “os direitos do cessionário oponíveis ao devedor”¹¹.

¹¹ Em inglês o texto é “the rights of the assignee against the debtor” e, em francês, les droits du cessionnaire envers le débiteur.”

Essa grande fidelidade ao texto original do documento da Conferência da Haia, porém, é problemática. Como se observou, a estrutura e forma textual dos PLAC *não são de lei uniforme*, mas de regras suficientemente amplas e abertas a ponto de servirem como inspiração e fundamento para o tratamento da escolha da lei aplicável aos contratos na arbitragem internacional. Deste modo, algumas adaptações soem ser necessárias no sentido de afinar o texto à função de lei interna. Faz sentido, portanto, dar ouvidos a outras experiências equivalentes vistas acima nos aspectos referentes (1) às características gerais de cada lei, (2) seu âmbito material, (3) os tipos de normas aplicáveis, (4) reenvio, (5) a escolha tácita e (6) as regras para quando não há determinação válida a partir das vontades das partes.

Em primeiro lugar, um contraste entre as leis moçambicana, paraguaia e uruguaia deve ressaltar, inicialmente, a diversidade do contexto normativo de cada uma delas: (1) a primeira se refere a regras de escolha da lei aplicável sistematicamente atreladas a um regime jurídico de contratos comerciais, pois compõem parte do mesmo documento; (2) a segunda é uma lei esparsa voltada a estabelecer, apenas, regras sobre a lei aplicável a contratos comerciais internacionais, de modo a tornar mais relevante o caráter transnacional tanto dos contratos que rege, quanto dos princípios em que se inspirou e (3) a terceira funciona como um código de Direito Internacional Privado e, conseqüentemente, insere as normas inspiradas no PLAC em um contexto técnico e sistemático em que a regulação da escolha da lei aplicável é mais uma engrenagem de máquina bem maior.

Já, em segundo lugar, a definição da cobertura material do Título III é idêntica à dos PLAC e, portanto, alcança os contratos comerciais internacionais do mesmo modo como são definidos, ademais, na Lei paraguaia. A solução uruguaia, porém, diverge ao (1) não se restringir ao campo dos contratos comerciais e (2) optar por uma definição *positiva* de contrato internacional. Além disso, o instrumento uruguaio estabelece uma regra específica para o transporte por água: a aplicação imediata da Lei de Direito Comercial Marítimo de 2014. Todos os instrumentos consideram a simples vontade das partes não é suficiente, sem a presença de outros elementos, para tornar o contrato internacional e, por conseguinte, possibilitar a escolha do Direito aplicável.

Sobre os tipos de normas aplicáveis, em terceiro lugar, a regra do Artigo 3 dos PLAC reaparece, literalmente, nos diplomas moçambicano e paraguaio. É, portanto,

possível aplicar *regras de direito* nacional, regional ou internacionalmente aceitas como neutras e equilibradas. A lei uruguaia vai mais longe, pois, ao discutir a especialidade do Direito do Comércio Internacional, admite também a aplicação de usos e costumes comerciais, bem como os princípios aceitos por Organizações Internacionais de que o país seja parte.

Para o quarto aspecto, o reenvio, todos os regimes são unânimes no seu afastamento, admitindo-se eventual escolha das partes em sentido diverso. A lei uruguaia não utiliza a mesma regra do PLAC pelo simples fato de, como uma codificação de Direito Internacional Privado, regular o tema em outra norma, especificamente seu Artigo 12¹². Do mesmo modo, a escolha tácita, o quinto tema apontado acima, segue o mesmo regime em todos os diplomas estudados: utiliza-se a vontade expressa e, se ausente ou inválida, a escolha tácita, sempre que a indicação resulte “de forma clara das disposições do contrato ou das circunstâncias do caso”. A lei uruguaia, porém, não menciona as circunstâncias, mas apenas o conjunto das cláusulas contratuais, de modo a restringir o campo para a busca de elementos caracterizadores de uma escolha tácita. Além disso, ainda que com pequenas diferenças de redação, não se admite que a eleição de foro seja, isoladamente, suficiente para implicar a escolha dessa lei como aplicável.

Quanto ao último aspecto ora discutido, o sétimo, há considerável diferença entre os vários regimes. Os PLAC, em primeiro lugar, não estabelecem critérios para quando a escolha pelas partes estiver ausente. Isso se dá em razão de se tratar de princípios sobre a *escolha* do Direito aplicável e, portanto, sem nenhum dever de identificar elementos de conexão subsidiários.

Ao copiar de maneira quase literal o texto dos PLAC, o RJCC também deixou de fora este aspecto e, portanto, tornou necessário o recurso ao código civil (Código Civil) moçambicano, como se verá mais adiante.

2. Lei aplicável aos contratos de transporte

Imagine-se uma exportação da China para Moçambique. Apenas o trecho marítimo, potencialmente, sairia de um porto chinês e passaria por alguns portos em outros países até atingir, cerca de 30 dias depois, os berços de atracação de Maputo. A

¹² *In verbis*: “Cuando resultar aplicable el derecho de un Estado extranjero, se entiende que se trata de la ley sustantiva de ese Estado con exclusión de sus normas de conflicto.”

passagem por esses territórios é relevante? Em que medida será aplicável a lei de cada porto, da bandeira do navio, da sede da transportadora, do estabelecimento da transportadora com o qual se contratou o frete, a nacionalidade ou o estabelecimento do expedidor, do remetente e do destinatário?

A dificuldade em articular os diversos elementos conectivos presentes em uma mesma operação faz do transporte internacional um dos campos cujas características e tradições mais exigem um tratamento uniforme. Deste modo, os Direitos estatais não se limitam às normas criadas por seus Legislativos, mas abrangem, no mínimo, todo o conteúdo incorporado às Ordens internas por meio de tratados internacionais. Por conseguinte, a escolha da lei de um país implica, necessariamente, abranger os conteúdos internacionais incorporados nesse Direito.

Isso, porém, não torna desnecessária a cuidadosa escolha do Direito estatal aplicável, pois, apesar de sua imensa importância, os tratados sobre transporte internacional estão longe de serem universalmente válidos e sua aplicação pode variar conforme o Estado cuja lei foi efetivamente indicada.

A mais importante e amplamente difundida convenção em matéria de transporte marítimo, as Regras da Haia, tem cerca de noventa Estados Partes, dentre os quais figuram Moçambique, Reino Unido, Portugal, Japão e Estados Unidos¹³. Não são Partes, entre outros tantos, África do Sul¹⁴, Brasil, China e Índia. A Convenção de Montreal de 1999, sobre transporte aéreo de passageiros, bagagem e carga, conta com 139 membros, entre os quais Moçambique e todas as principais economias do mundo¹⁵.

¹³ O seu nome oficial é Convention internationale pour l'unification de certaines règles concernant la limitation de la responsabilité des propriétaires de navires de mer et protocole de signature. Foi firmada em Bruxelas em 1924. Tem dois protocolos adicionais, de 1968 (Regras da Haia-Visby) e um de 1979. As informações sobre depósito e validade internacional se encontram em <https://diplomatie.belgium.be/fr/traites/accords-dont-la-belgique-est-depositaire>. Em 1978 as Nações Unidas adotaram as Regras de Hamburgo, em vigor internacional desde 1992 e com 32 partes, entre as quais Brasil, Estados Unidos e Portugal, mas não Moçambique, China, Índia ou Reino Unidos (https://uncitral.un.org/en/texts/transportgoods/conventions/hamburg_rules/status); em 2008 foi aprovado texto das Regras de Roterdã, a qual não se encontra em vigor.

¹⁴ A África do Sul não é parte das convenções internacionais que estabelecem as Regras da Haia ou as Regras da Haia-Visby, mas incorporaram seu texto ao Direito interno por meio da Lei do Transporte Marítimo de Bens (veja-se https://www.gov.za/sites/default/files/gcis_document/201503/act-1-1986.pdf). Outros países, ainda que sem referência imediata, aproximam sua legislação interna do conteúdo de tal tratado.

¹⁵ A Convenção de Montreal de 1999 foi negociada e assinada sob os auspícios da Organização Internacional da Aviação Civil e se encontra em vigor internacional desde 2003. Para as Partes, veja-se https://www.icao.int/secretariat/legal/list%20of%20parties/mtl99_en.pdf.

Para transportes rodoviários, a Convenção sobre Contratos de Transporte por Rodovias tem 58 Estados Partes, a maior parte composta por países europeus; Moçambique não é Parte¹⁶. Os transportes por hidrovias e ferrovias contam com instrumentos pouco relevantes. Nesses últimos casos, a atenção à escolha de um Direito estatal deve ser ainda maior.

Em particular, o transporte multimodal se apresenta como um especial desafio, pois articula formas globais de transporte - como o aéreo e o marítimo - com formas tendentes, por sua própria estrutura geográfica, a tratamentos regionais ou, até mesmo, nacionais, como o transporte rodoviário e o ferroviário. Além da falta de um regime universal para os multimodais, há diferentes coberturas conforme o Direito a ser aplicado e, portanto, sua escolha deve ser cuidadosa, buscando garantir a validade do próprio pacto sobre lei aplicável e a indicação de um conjunto normativo sólido e adequado para uma justa solução de eventuais controvérsias.

Essas preocupações são mitigadas por meio da ampla utilização de modelos de contratos e cláusulas. Trata-se de contratos frequentemente reiterados, estabelecidos por empresas e associações de transportadoras organizadas por modal e com variações conforme o tipo de carga (geral, granel sólido, granel líquido, gás, container, ro-ro e especial) e o setor.

Tomemos como exemplo os documentos propostos pelo Conselho Marítimo do Báltico e Internacional (BIMCO)¹⁷, uma associação privada internacional, com escritórios nos Estados Unidos, Europa e Ásia. Há, disponíveis online, mais de 200 modelos contratuais, cobrindo vários aspectos da navegação e transporte marítimo. Também são disponibilizadas centenas de cláusulas padronizadas, das quais se destacarão as referentes à escolha da lei aplicável e arbitragem.

Há quatro cláusulas deste tipo, organizadas conforme as jurisdições relevantes para o setor: Hong Kong, Londres, Nova Iorque e Singapura. Fica claro, desde logo, a importância da influência inglesa e seu predomínio no século XIX, a qual não apenas mantém Londres como uma das principais jurisdições do mundo em matéria marítima,

¹⁶ Firmado por nove países, em Genebra, aos 19 de maio de 1956, não chegou a obter ampla adesão. Para os dados, veja-se https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XI-B-11&chapter=11&clang=_en

¹⁷ Para informações, modelos contratuais e modelos de cláusula, visite-se <https://www.bimco.org/>

mas ajudou a organizar a estrutura da litigância e da atribuição de titularidades, direitos e remédios em conformidade com a tradição do *common law*; afinal, todas as jurisdições relevantes são parte dessa família de Direitos.

Para maior facilidade, traduziu-se em seguida a cláusula padrão da BIMCO para arbitragem em Londres utilizando o Direito inglês:

Cláusula BIMCO 2020 - Direito e Arbitragem

Direito inglês/Arbitragem em Londres

- (a) Este contrato deve ser regido e interpretado de acordo com o Direito inglês e qualquer disputa derivada de ou em conexão com este contrato deve ser submetida, exclusivamente, à arbitragem em Londres de acordo com a Lei de Arbitragem de 1996 com qualquer emenda ou reedição na medida necessária para dar efeito às provisões desta cláusula. A sede da arbitragem deve ser em Londres, ainda que as audiências ocorram em outra jurisdição.
- (b) A submissão deve ser a três (3) árbitros, a menos que as partes pactuem de outro modo.
- (c) A arbitragem deve ser conduzida de acordo com as Cláusulas da Associação de Londres dos Árbitros Marítimos (LMAA).
- (d) Nos casos em que nenhuma reclamação ou contrarreclamação exceder o valor de U\$ 100.000,00 (ou outro valor que as partes venham a convencionar) a arbitragem deve ser conduzida de acordo com o Procedimento de Pequenas Reclamões da LMAA.
Nos casos em que a reclamação ou contrarreclamação exceder o valor estipulado para o Procedimento de Pequenas Reclamações da LMAA e nenhuma reclamação ou contrarreclamação exceder o valor de U\$ 400.000,00 (ou outro valor que as partes venham a convencionar) as partes devem concordar que a arbitragem seja conduzida pelo Procedimento de Reclamações Intermediárias da LMAA.
- (e) Os termos e procedimentos mencionados nas subcláusulas (c), (d) e (e) acima devem ser aqueles em vigor ao tempo em que os procedimentos arbitrais sejam iniciados.
- (f) Quaisquer notificações e comunicações em relação a quaisquer procedimentos arbitrais regidos por esta cláusula, inclusive os referente a notificações e indicação dos árbitros, deve ser tratado

como efetivadas a partir da data e hora em que o email foi enviado, se por email, para o endereço de email abaixo:

Nome da parte no contrato.

Endereço(s) de email para o recebimento de notificações e comunicações para a parte mencionada acima

[Inserir]

Nome da parte no contrato.

Endereço(s) de email para o recebimento de notificações e comunicações para a parte mencionada acima

[Inserir]

Qualquer das partes está autorizada a modificar e/ou agregar aos endereços de email acima por meio de uma notificação de muda-la para a outra parte no endereço acima (ou, se previamente modificado por notificação, os endereços relevantes conforme emendados).

Nada nesta cláusula deve impedir qualquer notificação e comunicação em relação a qualquer procedimento arbitral em conexão com este contrato que seja efetivada por outros meios.

Essa situação nos leva a algumas breves reflexões.

Em primeiro lugar, será bastante raro encontrar situações de transporte internacional de grande escala em que não exista escolha contratual da lei aplicável. O transporte é oferecido por atores econômicos especializados, até porque depende da disponibilidade de meios técnicos custosos e complexos, cuja utilização intensa é pressuposto de qualquer lucratividade. Ademais, trata-se de atividade cuja gestão de riscos internacionalmente espalhados é elemento central, pressionando para sua regulação contratual. Nesse contexto, cláusulas de lei aplicável tenderão a ser bastante comuns.

As grandes transportadoras internacionais, sobretudo nos modais marítimo e aéreo, optam, em sua grande maioria, por instrumentos vinculados a Direitos da tradição do *common law* por meio de cláusulas indicativas de sistemas jurídicos respaldados por regras internacionais. Não é à toa que Estados Unidos, Hong Kong, Reino Unido e Singapura, justamente os países cuja arbitragem e lei são os mais indicados para transporte marítimo, são Partes das Regras da Haia. Essa sistemática possibilita a presença de três camadas normativas (a internacional, a interna e a

contratual) e duas institucionais (a arbitragem especializada e a execução respaldada na Convenção de Nova Iorque) como suporte para uma proteção jurídica tendente a dar guarida aos transportadores em detrimento dos expedidores.

Destaque-se que tal circunstância não é particularmente grave, pois seu sentido econômico e a existência de alternativas justificam essa estrutura. Com efeito, a discussão da distribuição de riscos e custos referente ao transporte necessita ser considerada à luz da precificação do frete, cujo valor seria obviamente mais elevado caso as *carriers* houvessem de absorver mais riscos. Por outro lado, há um mercado internacional de seguros que oferece produtos adequados à proteção dos expedidores e destinatários.

Há, porém, necessidade de se observar mais de perto o modal rodoviário e do aquaviário. Nesses setores há muitos transportadores de pequena envergadura econômica, sobretudo empreendedores individuais cujos veículos e embarcações têm valores relativamente baixos e se encontram, normalmente, financiados. Muitas vezes prestam serviços a expedidores ou destinatários cuja estruturação empresarial tampouco é sofisticada. Haverá, nesse campo, situações em que sequer se formaliza a operação por escrito, que dizer na inclusão de cláusulas de lei aplicável. Assim, nas zonas de fronteira e eixos rodoviários ou hidroviários, nem sempre há clareza quanto à lei tacitamente escolhida pelas partes. Nesse ponto, pode haver preciso recorrer a regras subsidiárias, ausentes do RJCC.

Como exercício teórico, observe-se a solução dada por cada instrumento para as circunstâncias em que não há indicação pelas partes de direito aplicável. Em primeiro lugar, os PLACC não solucionam essa questão, pois, os critérios suplementares estão fora de sua cobertura. A lei paraguaia adota critérios para quando há ausência de lei indicada em seu Artigo 11 (Ausência ou ineficácia da escolha), que se inicia pela noção de *vínculos mais estreitos* determinados a partir de elementos subjetivos e objetivos.

Quais seriam os vínculos mais estreitos para um contrato de transporte? Haveria uma resposta abstrata *a priori*? Bem, a própria lei paraguaia não traz tais respostas. Não parece haver uma presunção de que exista uma resposta abstrata, favorecendo a suposição de que a maior proximidade deve ser aferida casuisticamente, ou seja, em face das circunstâncias concretas da relação de fato. Fosse possível advogar em favor de uma solução apriorística, seria também possível levantar argumentos apontando para

alguns elementos de conexão: o estabelecimento do transportador, o domicílio do expedidor ou o do local da entrega. Nenhum deles parece ter força para se sustentar isoladamente.

A lei uruguaia, no Artigo 48, aponta para a “lei do lugar de seu cumprimento” como primeiro critério, o qual se especifica da seguinte maneira:

1. Contratos sobre coisas certas e individualizadas: lugar de sua situação no momento da celebração;
2. Contratos sobre coisas fungíveis ou determinadas: domicílio do devedor da obrigação característica do contrato;
3. Contratos sobre prestação de serviços:
 - a. Se sobre coisas: lugar da situação ao tempo da celebração;
 - b. Efeitos devem ser em um lugar especial: lugar dos efeitos e
 - c. Resíduo: lugar do domicílio do devedor da prestação característica do contrato no momento da celebração.

Qual seria a categorização do contrato de transporte?

Ao que tudo indica, trata-se de um contrato sobre prestação de serviços. Mas é sobre coisas? Seu objeto é o deslocamento de coisas e, nesse sentido poderia ser aí enquadrado. Seus efeitos devem ocorrer em algum lugar especial? Sim, o lugar da entrega do bem, que determina o Direito aplicável. Ou estaria o transporte fora desses casos, situação que determinaria a aplicação do domicílio do devedor da prestação característica, ou seja, a lugar da transportadora. Ao cabo, para os transportes, essa elaborada solução não parece ser propriamente satisfatória.

Há, ainda, as normas subsidiárias, aplicáveis caso o Artigo 48 não se mostre suficiente para determinar a lei aplicável. O Artigo 49, então, aponta a lei do lugar da celebração e o “direito do país com o qual apresente os laços mais estreitos”.

Observe-se, por fim, o Direito de Moçambique. Como se observou, não há regras supletivas da vontade das partes no RJCC, sendo necessário recorrer, subsidiariamente, ao Código Civil.

Já o critério supletivo, indicado no Artigo 42º, 2 do CC moçambicano, é o da residência habitual comum das partes. Não resolve, porém, todos os problemas, como é fácil observar: é comum que as partes em contratos internacionais tenham suas residências, seus domicílios ou seus estabelecimentos em países diferentes. Para além

disso, a lei moçambicana opta pelo critério do lugar da celebração, um elemento de conexão bastante tradicional, mas nem sempre presente, posto que é comum haver contratação a distância.

Com efeito, o esforço pela uniformização derivado da feitura dos PLAC e sua adoção por Moçambique, Paraguai e Uruguai termina na observância da vontade das partes, mas há pouca convergência em termos de regras suplementares. Mais que isso: nenhuma das soluções parece se adequar bem aos contratos de transporte. A regra da maior proximidade, adotada pelas leis paraguaia e uruguaia, não é fácil de aplicar para os contratos de transporte, até porque as distintas configurações subjetivas, geográficas e econômicas sugerem a necessidade de observar cada relação de um modo concreto, sendo difícil formular uma regra geral.

Importa, como contraponto comparativo, observar o Artigo 5º do Regulamento (CE) n, 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, conhecido por Roma I. Vincula-se, ausente a vontade das partes, os contratos de transporte de mercadorias ao Direito da residência habitual do transportador sempre que, concomitantemente, o local da entrega ou a residência do expedidor forem nesse mesmo país. Na falta de tais requisitos, aplica-se a lei do local da entrega. Embora nunca supere uma boa decisão das partes, a estrutura da conexão é digna de mérito e pode servir de inspiração para eventuais projetos de modificação legislativa.

Conclusão

A inspiração do RJCC moçambicano nos PLAC é, em princípio, muito bem-vinda. Essa opção imprime modernidade e uniformidade ao Direito, principalmente ao adotar legalmente um princípio de ampla liberdade da escolha e regular aspectos como a cobertura material da lei indicada pelas partes, escolha tácita do Direito, a ausência de reenvio, a possibilidade de trocar a lei de contrato já válido, a possibilidade de aplicar leis diferentes a partes diferentes do contrato, a estrutura da aplicação imediata, a delimitação da ordem pública, a possibilidade de escolher direitos sem outra forma de conexão com o contrato e a forma, entre outros. Para tanto, a limitação a contratos comerciais internacionais se mostra vantajosa ao excluir relações envolvendo partes vulneráveis ou interesses públicos, para as quais a autonomia privada sói ser menos ampla. O fato de os RJCC serem apenas para matéria comercial reforça essa condição.

Há, porém, problemas com essa adoção. Como se observou, o uso quase integralmente literal do texto original dos PLAC parece haver negligenciado as limitações materiais deste instrumento em razão de seu objeto e natureza: princípios *para a escolha* do Direito aplicável cujo texto foi elaborado para possibilitar a sua utilização imediata por advogados, árbitros e juízes em busca de referenciais suplementares para situações em que há escolha, expressa ou tácita, da lei do contrato.

Isso levou a um regime lacunoso, sobretudo em termos da identificação de critérios supletivos da vontade, quando não se identifica a escolha ou esta não é válida. Necessária, portanto, a aplicação das regras contidas no Código Civil moçambicano, o qual conta com um sistema de determinação dos Direitos aplicáveis mais antigo. A complementação, como feita pelo Legislador paraguaio, por exemplo, pode ser um instrumento para aperfeiçoar os RJCC. Parece ser importante, se não necessário, pensar uma reforma nesta direção, talvez com uma estrutura inspirada no Regulamento Roma I, o qual se preocupa com incrementar a proximidade por meio de regras específicas para cada tipo contratual. A temática do Direito aplicável aos transportes aponta nessa direção.

É verdade que o transporte internacional de grande e média escala, realizado por empresas de considerável porte, tende a convergir em torno de instrumentos internacionais públicos (como as Regras da Haia e a Convenção de Montreal) e, principalmente, contratos e cláusulas padronizados. Para esses casos, o RJCC se mostra suficiente. São operações menores, que cruzam fronteiras terrestres e navegam por rios e lagos em pequenas embarcações, as mais afeitas a necessitarem de regras supletivas da vontade. Nesse campo, os problemas da determinação e uso do Direito aplicável não foram bem resolvidos.

Espera-se haver algum refinamento dos RJCC em matéria de lei aplicável. Entrementes, transportadores e seus advogados devem estar atentos para a escolha do Direito aplicável na aposição de suas cláusulas contratuais, levando em conta, inclusive, as diferenças próprias do tratamento desse tema nas tradições jurídicas do *civil law* e do *common law*.