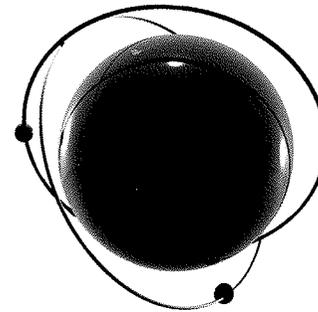


THAÍS CÍNTIA CÁRNIO



CONTRATOS INTERNACIONAIS

TEORIA E PRÁTICA

atlas

© 2008 by Editora Atlas S.A.

Capa: Leonardo Hermano
Composição: Negrito Produção Editorial



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Cárnio, Thaís Cíntia

Contratos internacionais : teoria e prática / Thaís Cíntia Cárnio. -- São Paulo: Atlas, 2009.

Bibliografia.

ISBN 978-85-224-5434-1

1. Contratos (Direito internacional) I. Título.

09-00593

CDU-347.44:341

Índice para catálogo sistemático:

1. Contratos internacionais : Direito internacional 347.44:341

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS - É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio. A violação dos direitos de autor (Lei nº 9.610/98) é crime estabelecido pelo artigo 184 do Código Penal.

Depósito legal na Biblioteca Nacional conforme Decreto nº 1.825, de 20 de dezembro de 1907.

Impresso no Brasil/*Printed in Brazil*



Editora Atlas S.A.
Rua Conselheiro Nébias, 1384 (Campos Elísios)
01203-904 São Paulo (SP)
Tel.: (0__11) 3357-9144 (PABX)
www.EditoraAtlas.com.br

A meu filho, Luís Felipe, presente de Deus em minha vida, a quem dedico todo o meu amor e todas as minhas forças

Sumário

Introdução, 1

1 CONTRATOS INTERNOS E INTERNACIONAIS, 3

1 Dos Contratos Internos e Internacionais, 3

1.1 Dos Contratos em Geral, 3

1.2 Contratos Internos, 6

1.3 Contratos Internacionais, 7

1.3.1 Introdução, 7

1.3.2 Paralelo entre Contratos Internos e Internacionais, 8

1.3.3 Peculiaridades, Conceito e Características, 9

1.3.4 Contratos Comerciais Internacionais, 14

1.4 Elementos de Conexão, 16

1.4.1 Elementos de Conexão Relativos à Capacidade das Pessoas Físicas e Jurídicas, 16

1.4.2 Elementos de Conexão Relacionados a Aspectos Extrínsecos ou Formais, 23

- 1.4.3 Elementos de Conexão Relacionados a Aspectos Intrínsecos ou de Fundo, 24
- 1.5 Autonomia da Vontade, 25
- 2 CONVENÇÕES E PRINCÍPIOS, 27**
 - 1 Introdução – Cenário e Razões para Uniformização, 27
 - 2 Instrumentos de Uniformização do Direito nos Contratos Internacionais, 29
 - 3 Convenções, 33
 - 3.1 Conceito e Evolução Histórica, 33
 - 3.2 Convenções Aplicáveis à Matéria, 38
 - 3.2.1 Convenção de Viena sobre a Compra e Venda Internacional, 38
 - 3.2.2 Convenção de Roma sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais, 42
 - 3.2.3 Convenção de Direito Internacional Privado (Código de Bustamante), 46
 - 3.2.4 Convenção Interamericana sobre o Direito Aplicável às Obrigações Contratuais, 49
 - 3.3 Consolidação de Princípios, 54
 - 3.3.1 Princípios – Conceituação, 54
 - 3.3.2 Distinção entre Princípios e Regras, 56
 - 3.3.3 Princípios do Direito Contratual Europeu, 58
 - 3.3.4 Princípios Editados pelo Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (Unidroit), 60
 - 3.3.4.1 Princípios sobre os Contratos Comerciais Internacionais do Unidroit, 62
 - 3.3.5 Princípios do UNIDROIT e Princípios do Direito Contratual Europeu, 74
- 3 TERMOS E CONDIÇÕES, 76**
 - 1 Questões Culturais – Primeiro Contato, 76
 - 2 Planejamento das Tratativas, 78
 - 3 Instrumentos Pré-Contratuais, 79
 - 3.1 Carta Convite, 80
 - 3.2 Acordo de Confidencialidade, 85
 - 4 Cláusulas Usuais em Contratos Comerciais Internacionais, 88
 - 4.1 Estrutura dos Contratos Internacionais, 88
 - 4.1.1 Denominação do Contrato, 88
 - 4.1.2 Qualificação das Partes e Intervenientes, 89
 - 4.1.3 Preâmbulo, 90
 - 4.1.4 Cláusula de Definições, 91
 - 4.1.5 Cláusula de Interpretação, 94
 - 4.1.6 Objeto Contratual, 95
 - 4.1.7 Obrigações das Partes, 96
 - 4.1.8 Cláusula de Pagamentos, 98
 - 4.1.9 Tributos, 101
 - 4.1.10 Cláusulas Declaratórias, 106
 - 4.1.10.1 Cláusulas Relativas à Capacidade da Parte, 107
 - 4.1.10.2 Cláusulas de Vinculação Legal, 108
 - 4.1.10.3 Cláusulas Sobre Especificidades Legais para a Validade e Exequibilidade do Contrato, 110
 - 4.1.10.4 Cláusula sobre a não-ocorrência de Inadimplemento, 113
 - 4.1.10.5 Cláusula sobre a Veracidade e Integridade das Informações, 114
 - 4.1.10.6 Cláusula sobre a Inexistência de Ações Judiciais Relevantes, 116
 - 4.1.10.7 Questões de Cunho Ambiental, 119
 - 4.1.11 Disposições Gerais, 120
 - 4.1.11.1 Aditamentos, 121
 - 4.1.11.2 Não-Renúncia, 121
 - 4.1.11.3 Notificações, 123
 - 4.1.11.4 Cessão, 124
 - 4.1.11.5 Títulos, 126
 - 4.1.11.6 Lei e Foro, 127
- 4 SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS, 129**
 - 1 Introdução, 129
 - 2 Solução Judicial, 130
 - 3 Solução Arbitral, 132
 - 3.1 Antecedentes Históricos, 133
 - 3.2 Importância da Lei nº 9.307/96, 135
 - 3.3 Conceito, 136
 - 3.4 Natureza Jurídica, 138
 - 3.5 Utilização da Arbitragem e suas Limitações, 140
 - 3.6 Bons Costumes e Ordem Pública, 141

- 3.7 Regras de Direito, 143
- 3.8 Equidade, 143
- 3.9 Princípios Gerais de Direito, 145
- 3.10 Usos e Costumes, 147
- 3.11 Regras Internacionais do Comércio, 148
- 3.12 *Lex Mercatoria*, 150
 - 3.12.1 Antecedentes Históricos, 151
 - 3.12.2 Conceito, 153
 - 3.12.3 *Lex Mercatoria*: Críticas e Vantagens, 157
 - 3.12.4 Fontes, 161
 - 3.12.5 Uso de Princípios do UNIDROIT para a Solução de Litígios, 164

CONCLUSÕES, 169

ANEXOS, 175

- Exemplo didático de contrato internacional, 175
- Lei de Introdução ao Código Civil, 180
- Lei nº 9.307/1996 (Arbitragem), 185

Referências bibliográficas, 199

Agradecimentos

Tenho para mim que o agradecimento é mais que um ato de reconhecimento e gratidão: é compartilhar e celebrar momentos de alegria. Assim, gostaria de expressar meus agradecimentos...

Ao Prof. Dr. Eduardo Jardim, pelos preciosos conselhos.

Ao Prof. Dr. Fábio Ulhoa Coelho, pela valiosa orientação.

Aos Professores Drs. Armando Luiz Rovai e Carlos Roberto Husek, pelo incentivo.

Aos meus queridos amigos pela compreensão de tanta ausência.

A meus pais, Noé e Mercedes, pelo amor e pela educação.

A meu filho, Luís Felipe, simplesmente por existir e ser a razão de tudo.

A Rogério, pelo companheirismo, carinho e perseverança.

A Deus, PELA VIDA.

Introdução

A presente obra objetiva pôr luz sobre um tema cada vez mais em evidência no cotidiano dos operadores do Direito: os contratos comerciais internacionais. Até a abertura de mercado ocorrida na década de 90, o Brasil não participava de maneira tão ativa do cenário internacional, passando ao largo do progressivo incremento de relações comerciais mundiais.

Presenciamos a aproximação gradual de países, até então, divididos em três mundos, hoje, tão anacrônicos. O primeiro, formado por países desenvolvidos e adeptos do capitalismo; o segundo, de países de política socialista; e o terceiro, representado pelos países subdesenvolvidos.

Após a transparência de governo pretendida pela então União Soviética e queda do muro de Berlim, os antigos conceitos ordinais tornaram-se anacrônicos, inadequados à nova realidade. Presenciamos, desde então, o gradual aprofundamento da integração sócio-econômico-política dos países do mundo, rompendo barreiras outrora existentes. Os países com economia mais desenvolvida perceberam sua saturação no mercado interno e voltaram os olhos para os países subdesenvolvidos, renomeando-os de “emergentes”.

Concomitantemente, a expansão da comunicação propiciada pelo avanço da rede internacional de comunicação virtual possibilitou o estrei-

tamento ainda maior da comunicação internacional, revelando que a era da globalização consolidava-se.

Com a abertura de mercado iniciada na década de 90, a interação entre o Brasil e parceiros internacionais aprimora-se significativamente, e ingresamos em um momento econômico muito mais dinâmico do que antes. No novo contexto, as relações comerciais em âmbito global intensificaram-se na mesma medida em que as negociações internacionais eram incrementadas, resultando em estruturas contratuais bem mais complexas.

Esse nível de complexidade decorre tanto das relações jurídicas retratadas em tais instrumentos, como da existência de várias partes na contratação, implicando frequentemente diferentes elementos de conexão que conduzem os contratantes a longas tratativas a fim de definir a lei e o foro aplicáveis ao caso em voga, além da possibilidade de serem estipulados meios alternativos de solução de controvérsias, baseando-se, inclusive, em princípios do direito internacional, convenções internacionais, dentre outros institutos.

Justamente em vista dessa demanda por instrumentos mais elaborados, o profissional da área jurídica necessita estar atualizado. É isso que pretendo na presente obra. Neste livro, serão analisados aspectos doutrinários e práticos atinentes aos contratos comerciais internacionais, desde sua conceituação, instrumentos internacionais aplicáveis, termos e condições costumeiramente encontrados, até a solução de controvérsias.

Em certos momentos, o tom da obra será bastante doutrinário, em outros, eminentemente prático. Esse ecletismo busca prover o leitor de conhecimentos tanto de cunho acadêmico, como instrumental, para que possa tratar o tema com maior desenvoltura, capacitando-o para discussões que envolvem desde a preparação contratual até a resolução de pendências entre os contratantes.

Enfim, desejo a todos os diletos leitores que esse material possa auxiliá-los a atuar com sucesso na dinâmica seara das relações comerciais internacionais.

Boa leitura!

A Autora

♦ 1 ♦

Contratos internos e internacionais

1 DOS CONTRATOS INTERNOS E INTERNACIONAIS

Antes de se adentrar a densa seara das contratações internacionais e sua correspondente formalização, é interessante analisar detidamente a distinção entre contratos internos e internacionais.

Nesse sentido, faz-se necessário verificar o conceito e as principais diferenças entre tais contratos, bem como especificar, no gênero contratos internacionais, como se distingue a espécie comercial e, finalmente, apresentar as principais modalidades de elementos de conexão, que visam justamente identificar o direito aplicável ao caso concreto.

1.1 Dos Contratos em Geral

Muito já foi dito a respeito do conceito de contratos. Vale verificar as contribuições mais importantes para a busca dessa definição, revisitando alguns ilustres estudiosos que enfrentaram esse tema. Expostas as diversas abordagens, buscaremos os elementos comuns a todos os entendimentos para definirmos, enfim, o que é essencial ao contrato.

Retrocedendo historicamente, Aristóteles considerava que o contrato era uma lei feita por particulares tendo em vista determinado negócio. Essa é a mesma linha de entendimento da escola de Hans Kelsen, que vê no contrato uma norma jurídica particular.¹

Na conceituação de Orlando Gomes, contrato é o negócio jurídico bilateral ou plurilateral gerador de obrigações que sujeita as partes à observância de conduta idônea à satisfação dos interesses que regula. É criado pelo encontro de duas declarações convergentes de vontades emitidas com o objetivo de constituir, regular ou extinguir, entre os declarantes, uma relação patrimonial mutuamente conveniente.²

Doutrinariamente, também se define contrato como um negócio bilateral, representando uma espécie do gênero “negócio jurídico”. Diferencia-se dos atos unilaterais na medida em que os contratos decorrem do acordo de duas ou mais vontades, com vistas a produzir efeitos jurídicos. O autor ainda enfatiza a função social do contrato, qual seja, a de ser o centro da vida dos negócios, e finalizada constatando que o extraordinário desenvolvimento do comércio só foi possível em virtude do aperfeiçoamento do contrato.³

Interessante notar que os termos *contrato* e *convenção* modernamente são tidos como sinônimos, mas nem sempre foi assim. O autor ensina que em Roma a palavra *conventio* era um termo genérico, compreendendo tanto os contratos, entendidos como convenções dotadas de força obrigatória e providas de ação, como os pactos, convenções não sancionadas pelo direito civil e despidas de força obrigatória. Convém salientar que, na atualidade, entende-se por convenção um acordo de duas ou mais pessoas sobre um objeto de interesse jurídico, ao passo que o contrato se apresenta como uma espécie particular de convenção, cujo caráter específico é a produção de obrigações. Assim, a convenção seria um gênero do qual o contrato é uma espécie.⁴

Em que pese o eruditismo da questão, filiamo-nos ao entendimento doutrinário de que essas distinções perderam sua razão de ser depois da obra de Savigni sobre obrigações, posto que toda convenção é dotada de for-

¹ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações*. v. 5. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 5.

² GOMES, Orlando. *Contratos*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 9.

³ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*, v. 3. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 9-10.

⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. *Op. cit.*, p. 4.

ça vinculante e dá subsídios ao credor para perseguir em juízo a prestação em espécie ou em equivalente.⁵

Maristela Basso⁶ entende ser o contrato um acordo de duas ou mais vontades que visa dar nascimento a uma obrigação ou a um direito real, bem como modificar ou extinguir uma relação pré-existente. A esse acordo da pluralidade de vontades a lei confere efeitos de direito. A autora⁷ prega que o contrato apresenta dois elementos essenciais: (a) o acordo de vontades pelo qual as partes acordam respeito ao objeto contratual; e (b) a subordinação à lei.

No que se refere a seu objetivo, contrato tem dupla função: em primeiro lugar, trata-se de manifestação importante e variada, e em segundo lugar específica quais são as características essenciais do que está sendo contratado.⁸

Buscando contextualizar o instituto atribuindo-lhe mais viço, importante notar que o contrato tem seu habitat no ordenamento jurídico e constitui uma espécie de negócio jurídico de natureza bilateral ou plurilateral que requer para sua formação o encontro de vontades das partes contratantes, por ser regulador dos interesses privados. Desse modo, seu fundamento, em última análise, é a vontade humana.⁹

A noção de contrato contém dois elementos: o estrutural e o funcional. O elemento estrutural diz respeito à sua alteridade, ou seja, é negócio jurídico bilateral ou plurilateral que requer a fusão de duas ou mais vontades. Já o elemento funcional refere-se à composição de interesses contrapostos, mas harmonizáveis entre as partes, constituindo, modificando ou solvendo direitos e obrigações na área econômica, o que decorre da própria função econômico-social do contrato.¹⁰

Apresentadas as ponderações supramencionadas, podemos filtrar, em todas elas, dois pontos que se repetem e tornam-se, portanto, a essência, o lastro que alicerça o conceito de contrato: (1) o destaque à convenção de vontades, que se descortina como elemento essencial à própria existência

⁵ PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de direito civil*. v. III. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 9-10.

⁶ BASSO, Maristela. *Contratos internacionais do comércio: negociação, conclusão e prática*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 17.

⁷ *Ibidem*, p. 17.

⁸ STIGLITZ, Rubén S. *Autonomía de la voluntad y revisión del contrato*. Buenos Aires: Depalma, 1992, p. 33.

⁹ DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 8.

¹⁰ *Ibidem*, p. 9-11.

do contrato; e (2) a relevância do papel do contrato para o desenvolvimento econômico e social.

A livre convenção de vontades é a própria razão de ser do contrato, sem a qual não haveria motivo válido para sua existência. Ainda que estejamos na seara de instrumentos em que haja certa ingerência estatal, como é o caso dos contratos de consumo, cuja relação nele estabelecida é fortemente (e merecidamente) protegida pelo Código de Defesa do Consumidor, a manifestação de vontades é a verdadeira nascente de tais pactos.

Já no que tange a sua relevância para o desenvolvimento social e econômico, o contrato é a materialização das vontades, e a ponte construída entre a vontade ainda não manifesta e a concretização do objeto contratual no mundo fático, dando vida e realidade ao que outrora se limitava a intenções não concretizadas.

Em termos eminentemente práticos, plasmar as obrigações de parte a parte em um instrumento válido enseja a clareza e a segurança almejada pelas partes contratuais, apresentando-se como mais um elemento motivador das relações sociais e econômicas.

San Tiago Dantas¹¹ trilha esse caminho, e esclarece que o direito contratual do início do século XIX propiciou meios simples e seguros de dar eficácia jurídica a todas as combinações de interesse. Ressalta, ainda, que se de um lado deixou de proteger os socialmente fracos, de outro, criou oportunidades para os socialmente fortes.

Efetivamente, esse ramo do direito e as relações econômicas evoluíram ao longo dos tempos numa relação simbiótica, na qual a realidade econômica demandava respostas jurídicas para a segura formalização das negociações, e a viabilidade dessa formalização gerava o aperfeiçoamento das práticas econômicas, em um círculo virtuoso.

1.2 Contratos Internos

Uma vez apresentado o conceito de contrato no sentido geral, a correta percepção do que é um contrato internacional será melhor compreendida, e a diferenciação restará mais clara, após o entendimento do que se denomina contrato interno.

¹¹ DANTAS, San Tiago. *Evolução contemporânea do direito contratual*. RT 195/144, p. 44.

Em um contrato interno as partes contratantes, o objeto contratual e todos os elementos encontram-se sob a égide de um único ordenamento jurídico, de modo que tanto a formação quanto o aperfeiçoamento e os efeitos jurídicos do contrato sujeitam-se às normas deste ordenamento.

Ocorre, porém, que o incremento das relações entre os operadores do comércio ensejou o aumento de relações comerciais que extrapolavam um mesmo território ou incluíam, como um de seus elementos, algum aspecto que ensejava o envolvimento de mais de um ordenamento jurídico para regular o contrato.

É justamente o envolvimento de mais de um ordenamento jurídico como decorrência da existência de um ou mais elementos no contrato que atrai essa incidência, e que se apresenta como uma outra espécie de contrato que se diferencia dos contratos internos. Trata-se dos contratos internacionais, sobre os quais se passa a discorrer.

1.3 Contratos Internacionais

1.3.1 Introdução

Irineu Strenger¹² ensina que o contrato internacional é consequência do intercâmbio entre Estados e pessoas, apresentando características diversificadoras dos mecanismos conhecidos e usualmente utilizados pelos comerciantes circunscritos a um único território ou a mais de um.

Aduz o citado autor que o comércio internacional, justamente por ser composto de especializações e subespecializações, submete-se a exigências instrumentais que evoluem influenciadas por pactos e convenções, que, por sua vez, refletem necessidades concretas.¹³

Por fim, reforça a importância de tais contratos ao afirmar que são o motor do comércio internacional, e, numa abordagem mais ampla, das relações internacionais em todos os seus matizes, concluindo que os contratos do direito interno podem apresentar coincidências nominalísticas com tais contratos, porém, em sua essência, não há identificação entre os modos contratuais.¹⁴

¹² STRENGER, Irineu. *Contratos internacionais do comércio*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 31.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ *Ibidem*.

Modernamente, os operadores de negociações internacionais enriquecem em muito o conteúdo das contratações celebradas. Especialmente no setor financeiro, a cada dia percebemos o surgimento de contratos cuja atipicidade e multiplicidade de partes causam profunda estranheza aos operadores de contratos internos. Vale, portanto, tentar traçar um paralelo entre esses dois ricos grupos de contratos.

1.3.2 Paralelo entre Contratos Internos e Internacionais

Dada sua própria natureza, os contratos internacionais envolvem-se em uma atmosfera política e econômica, e são extremamente sensíveis às constantes mutações geradoras de conflitos e incertezas.¹⁵

Não se pode dizer que esse fenômeno afeta da mesma maneira, ou na mesma medida, os contratos internos, pois a complexidade das relações internacionais, sua inevitável repercussão nos sistemas jurídicos envolvidos e a conseqüente exigência de instrumentos harmonizadores para tais situações não são elementos necessários no direito interno. Observamos, todavia, alguns traços comuns entre os contratos internos e os internacionais.¹⁶

Um ponto de confluência refere-se ao fato de que as normas de direito obrigacional são aplicáveis às relações jurídicas emergentes da atividade mercantil, seja no âmbito interno ou externo, porém com algumas modificações, dada a necessidade de adaptar a ordem jurídica às especificidades das técnicas da atividade econômico-mercantil.

Tanto nas relações internas, como externas, as necessidades da economia moderna acarretam a ampliação e o aprimoramento do mercado, gerando novas técnicas negociais que se consubstanciam em novos institutos jurídico-mercantis.¹⁷

Outro ponto que merece destaque é justamente a necessidade de livre manifestação de vontades necessária à materialização tanto dos contratos internos, como dos internacionais. Como já visto anteriormente, esse é um elemento vital à existência do instrumento, fazendo parte de sua essência.

¹⁵ OPPETIT, Bruno. L'adaptation des contrats internationaux aux changements des circonstances: la clause hardship. In: *Journal du Droit International*, n. 4, Paris, 1974, apud STRENGER, Irineu. *Contratos internacionais do comércio*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 32.

¹⁶ STRENGER, Irineu. *Contratos internacionais do comércio*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 32-33.

¹⁷ *Ibidem*, p. 33.

1.3.3 Peculiaridades, Conceito e Características

Definir contratos internacionais é uma tarefa extremamente árdua. Tão complexa que Henry Lesguillons¹⁸ alerta que os legisladores estatais, os juízes e os elaboradores de convenções internacionais tiveram como cuidado comum estabelecer critérios puramente práticos com diferentes objetivos: (a) para o legislador: delimitar qual será o campo de aplicação de um código de contratos internacionais; (b) para o juiz: identificar a possibilidade de afastar uma regra e aplicar outra; e (c) para os redatores de convenções: o que se convirá entender como internacional à luz de determinado documento.

Com vistas a buscar uma sistematização, alguns sistemas jurídicos adotaram características indicadoras da natureza internacional do contrato. No sistema brasileiro, para certo tipo de contrato, o índice de internacionalidade considera os fluxos recíprocos de bens e valores entre dois sistemas. Assim, torna-se de suma importância analisar como se determinou o caráter internacional do contrato considerando-se a visão empírica, a solução doutrinária e os critérios normativos em geral, convencionais e ecléticos. A partir disso, passa-se à análise de cada elemento supracitado.¹⁹

a) Visão empírica

Sob o ponto de vista empírico, o caso concreto é analisado considerando-se seus elementos internacionais e encontrando soluções casuísticas, chamadas de empíricas, sem que para tanto se recorra a algum critério específico. Nesse formato, o que se apresenta com grande peso para a configuração da internacionalidade do contrato são os aspectos materiais que o compõem, os elementos que o constituem.

Internacionalmente, podemos observar a aplicação desse método: na Grã-Bretanha, por exemplo, o *Unfair Contract Terms Act*, de 1977, e o *Arbitration Act*, de 1975, dispõem que o exame para distinguir quais contratos serão submetidos ao direito internacional deve ser procedido casuisticamente. Na Suíça, o caráter internacional do contrato também é determinado caso a caso.²⁰

¹⁸ LESGUILLONS, Henry. *Contrats internationaux*. Paris: Lamy, 1986, p. 2.

¹⁹ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Dos contratos internacionais: uma visão teórica e prática*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 11.

²⁰ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Dos contratos internacionais: uma visão teórica e prática*. São Paulo: Sa-

b) Solução doutrinária

Se consideradas soluções doutrinárias, deve-se ter em mente a complexidade de se afirmar cabalmente se a simples presença de um elemento de conexão é suficiente para determinar o caráter internacional do contrato.

Um contrato pode ser considerado internacional quando tem ligação com mais de um sistema jurídico, seja pelos aspectos relativos à sua execução ou conclusão, seja pela situação das partes em vista de sua nacionalidade ou domicílio, ou mesmo pela localização do objeto contratual.²¹

Ainda nessa linha, pode ser considerado internacional o contrato que tem liames com diversos sistemas jurídicos, ou o contrato em que os sistemas de conexão não se situam no mesmo sistema jurídico.²²

Luiz Olavo Baptista²³ ensina que a relação jurídica contratualmente tratada pode estar em contato com mais de um sistema jurídico ou com apenas um único sistema, seja em virtude de elementos subjetivos ou objetivos. Na primeira hipótese, o contrato será absolutamente internacional e, na segunda, será puramente nacional.

Também pode ser reconhecido como internacional o contrato que apresenta ao menos um elemento de conexão com mais de um ordenamento jurídico, enquanto que seriam considerados como uninacionais aqueles cujos elementos adstringem-se a um determinado âmbito estatal.²⁴

Um posicionamento especialmente interessante sobre o tema vem de Alberto Xavier. O autor²⁵ prega que os contratos internacionais sejam divididos, conforme sua natureza, em objetivamente internacionais e subjetivamente internacionais. No primeiro grupo estariam as operações intrinsecamente internacionais, como a exportação e o financiamento à exportação; e

raiva, 1994, p. 11-13.

²¹ BATTIFOL, Henri. Contrats et conventions. In: *Répertoire de Droit International*, v. 1, n. 9. Paris, Dalloz, 1968, *apud* BAPTISTA, Luiz Olavo. *Dos contratos internacionais: uma visão teórica e prática*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 17.

²² LOUSSOUARN, Yvon; BREDIN, Jean Denis. *Droit du commerce international*. Paris, Dalloz, 1969, n. 511, p. 594.

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

²⁴ ALPA, Guido e BESSONE, Mario. *Contratti in generale: i contratti atipici*. t. II. Torino: UTE, 1991, p. 873.

²⁵ XAVIER, Alberto. Validade das cláusulas em moeda estrangeira nos contratos internos e internacionais. In: ALBERTO, Xavier; MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Estudos jurídicos sobre o investimento internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 33-34.

no segundo grupo, aquelas que têm por objeto qualquer operação cujo caráter internacional derive do fato de uma das partes ser residente no exterior.

Em verdade, algum dos elementos que constituem o contrato deve estar relacionado a sistemas distintos para sua configuração como internacional. Trata-se de um acordo de vontades através do qual os atos concernentes à conclusão, capacidade das partes e objeto se relacionam às leis de mais de um país.²⁶

Essa, aliás, é a principal característica do contrato internacional: a sua vinculação a um ou mais sistemas jurídicos estrangeiros. A fundamental distinção entre eles e os contratos internos é revisitada. Cabe salientar que esse fenômeno pode decorrer de um dado concreto de estraneidade, como a nacionalidade das partes, o local da execução da obrigação contratualmente avençada, o centro de principais atividades, ou, ainda, de seu caráter essencialmente internacional.

Novamente, buscando a essência presente em todos os conceitos suprarrelacionados, o processo de caracterização de um contrato como sendo internacional é realizado com critérios que analisam a negociação objeto da avença de forma holística, considerando, dentre outros pontos, a repercussão do que foi pactuado entre as partes contratantes para seus pares no cenário comercial internacional.

Nádia de Araujo²⁷ enriquece a discussão ensinando que o excessivo formalismo da aplicação das normas de conexão está sendo superado pelos novos *topoi* (lugares-comuns), e pelas soluções substanciais e flexíveis. Cita como exemplo a Convenção de Roma sobre a lei aplicável às obrigações internacionais, que adotou a regra dos vínculos mais estreitos. É justamente da riqueza conceitual prevista em instrumentos convencionais que podemos extrair mais um critério de verificação do caráter internacional do contrato, o critério convencional, que ora passamos a analisar.

c) Critério convencional

Sob o prisma convencional, são considerados os esforços dos redatores de tratados e convenções para a definição de contrato internacional.

²⁶ STRENGER, Irineu. *Direito internacional privado*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 397.

²⁷ ARAUJO, Nádia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 14.

A título de exemplo, pode-se citar a “Lei Uniforme sobre a Formação dos Contratos de Venda Internacional de Objetos Móveis Corpóreos”,²⁸ de 1º de julho de 1964, da Convenção de Haia, que define o âmbito de sua aplicação aos contratos entre partes que têm estabelecimento no território de Estados diferentes:

- a) quando a oferta ou a resposta implica que a coisa é ou será objeto de transporte, do território de um Estado para o território de outro Estado;
- b) quando os atos consistindo na oferta e na aceitação são realizados no território de Estados diferentes;
- c) quando a entrega da coisa deve-se realizar sobre o território de um Estado diferente daquele onde se realizaram os atos que constituem a oferta e a aceitação do contrato.

Para fins práticos, se uma das partes não tem estabelecimento, sua residência habitual será levada em consideração. Também é importante salientar que a aplicação da mencionada lei não dependerá da nacionalidade das partes contratantes.

Já a Convenção de Berna sobre o transporte de mercadorias por estrada de ferro utiliza outro critério para definir os contratos internacionais aos quais se aplica, dispondo que devem ser assim entendidos os contratos que tratam do envio de mercadorias destinadas a transporte que atravesse o território de pelo menos dois Estados contratantes. Parte-se da clara percepção de um elemento real para a posterior conceituação.

d) Critério eclético

Observando-se as posições referidas, depreende-se que há uma diversificada gama de critérios que são utilizados pela doutrina, pela jurisprudência, por tratados e convenções para a caracterização da internacionalidade do contrato. O que distingue um critério do outro é a relevância do elemento de estraneidade que determinará o caráter internacional do instrumento em questão.

²⁸ Projeto de Convenção de Haia, 1951, sobre a lei aplicável a vendas de caráter internacional em bens corpóreos.

Por vezes, nota-se insuficiência nas respostas apresentadas por soluções doutrinárias, ou definições convencionais que restringem por demais esse conceito. Dessa problemática decorre a utilização de critérios ecléticos de definição de internacionalidade.

Para ilustrar, Luiz Olavo Baptista cita decisão judicial francesa de 26 de outubro de 1982. Essa decisão busca critérios caracterizadores ecléticos que considerem aspectos econômicos e jurídicos:

se a noção de contrato internacional é difícil de fixar, a jurisprudência reteve um certo número de elementos que permitem caracterizá-la, um de caráter jurídico, notadamente o fato de que dito contrato se liga a normas jurídicas emanadas de diferentes Estados, os outros de caráter econômico, no que ele (o contrato) tem por efeito afetar os interesses do comércio internacional.²⁹

O mesmo autor cita a Corte Suprema dos Estados Unidos que, no julgamento do caso *Scheck vs. Alberto Culver*, fixou características para que um contrato fosse considerado internacional: a nacionalidade das partes, o centro de seus interesses, o lugar das negociações da assinatura, o local de sua efetiva celebração e o objeto contratual.³⁰

Desse modo, a internacionalidade do contrato é caracterizada perante cada caso concreto, que é analisado e tratado em toda a sua especificidade. Verificado o elemento de estraneidade, passa-se à determinação da intensidade e da relevância desse elemento naquela relação jurídica, considerando-se aspectos tanto jurídicos quanto econômicos, afastando a mera verificação empírica.³¹

e) Conclusão

A correta conceituação e caracterização do contrato internacional verifica-se na medida em que decorre de seu caráter internacional a necessidade de se identificar o sistema jurídico aplicável aos elementos contratuais,

²⁹ Toulouse, 26 de outubro 1982, Béhar c/ Monoceran, *Clunet*, 1984, p. 603, nota Synvet. In: BAPTISTA, Luiz Olavo. *Dos contratos internacionais: uma visão teórica e prática*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 22.

³⁰ 417 U.S. 506, 94 S. Ct. 2449, 41 L. 2. ed. In: BAPTISTA, Luiz Olavo. *Dos contratos internacionais: uma visão teórica e prática*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 22.

³¹ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Dos contratos internacionais: uma visão teórica e prática*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 23.

dentre os sistemas que a ele se relacionam, seja existência de elementos de estraneidade, seja por ter-se revelado internacional em sua essência.

O contrato objetivamente internacional deve suscitar um conflito de leis por seu contato objetivo com diversos Estados, não bastando a mera eleição, pelas partes, de uma lei aplicável para dar ao contrato um caráter internacional.³²

Como limite à autonomia da vontade das partes de eleger uma lei aplicável ao contrato, deve-se referir que o contrato seja internacional, isto é, que tenha conexão com pelo menos dois ordenamentos jurídicos.³³

Sempre relevante salientar que em um contrato internacional a eleição das normas de direito faculta às partes contratantes a escolha da lei do país de qualquer um dos contratantes, como a de um terceiro país, desde que respeitada a ordem pública, seja esta consubstanciada em normas positivas ou em princípios protetores de conceitos fundamentais de moral e justiça.³⁴

1.3.4 Contratos Comerciais Internacionais

Apresentado o conceito de contratos internacionais, convém especificar quais são os contratos comerciais internacionais. São assim considerados os contratos internacionais cujo objeto é afeto à matéria de cunho comercial.

Nesse sentido, vale apresentar o posicionamento de José Maria Espinar Vicente,³⁵ que define contrato econômico internacional de acordo com os seguintes pontos: (a) contratos que desenvolvem o intercâmbio de mercadorias, serviços e capitais entre empresas de diferentes países; (b) contratos nos quais pelo menos uma das partes desempenha papel preponderante no meio econômico internacional, sempre no que se refere à matéria objeto do contrato; (c) contratos que não afetam apenas os Estados diretamente conectados à operação, mas, dadas a concentração oligopolista dos bens e a

³² BOGGIANO, Antonio. *Contratos internacionales*. Buenos Aires: DePalma, 1995, p. 74.

³³ CARDOSO, Fernando. *A autonomia da vontade no direito internacional privado*. Lisboa: Livraria Portugalmundo Editora, 1989, p. 31.

³⁴ SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. Os princípios fundamentais da arbitragem. In: CASSELLA, Paulo Borba (coord.) *Arbitragem: a nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional*. São Paulo: LTr, 1997, p. 117-118.

³⁵ VICENTE, José Maria Espinar. La contratación internacional: la posible armonización en su regulación jurídica. In: 2º Seminário Sobre la Enseñanza del Derecho Internacional. Bogotá: Fundación Universitaria de Bogotá, apud STRENGER, Irineu. *Contratos internacionais do comércio*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 34.

estrutura do comércio mundial, geram efeitos que recaem sobre todos os integrantes da área do mercado dos bens ou serviços aos quais se referem; (d) contratos que interferem nos interesses corporativos do conjunto de empresas que se dediquem ao setor de atividade da operação, dada a organização transnacional dos poderes econômicos privados; (e) contratos cuja forma responda a características peculiares, tais como a homogeneidade de suas disposições, a arbitragem e o emprego de terminologia unificada.

Embora muito enriquecedor, o referido conceito não trata de uma lista taxativa de possibilidades, pois as operações comerciais internacionais estão em constante inovação.

Também é de grande auxílio na definição de contrato comercial internacional a percepção de outros tipos de contratos que não estão incluídos nesse conceito.

A título exemplificativo citamos os contratos de trabalho e os contratos de consumo, ainda que as partes contratantes estejam submetidas a sistemas jurídicos distintos. Os contratos que retratam as relações de consumo que transcendem fronteiras não estão abarcados no conceito de contrato comercial internacional, dada a matéria e a especificidade do tipo de relação estabelecida entre as partes.

Enquanto nos contratos comerciais internacionais as partes atuam na formação contratual com certa igualdade de forças, o liame existente entre consumidor e fornecedor traz, em si, uma relação em que há desequilíbrio de forças entre os participantes: o consumidor é hipossuficiente em face do fornecedor, que poderia valer-se disso para impor condições desfavoráveis a ele, o que enseja a necessidade de que as normas aplicáveis a essa matéria sejam no sentido de neutralizar os efeitos da hipossuficiência, protegendo a parte consumidora.

Assim sendo, as normas aplicáveis à matéria comercial, e suficientes à harmonização da relação entre operadores do mercado internacional, não surtiriam os mesmos efeitos em matéria consumerista, e seriam inadequadas às necessidades decorrentes dos contratos de consumo.

Pelas mesmas razões, afastam-se dos contratos comerciais internacionais os contratos de trabalho internacionais. Esse tipo de relação também guarda desigualdade de forças que carece de intervenção normativa, posto que empregado e empregador não estão em condições paritárias para a negociação de termos contratuais. Ademais, a matéria trabalhista tem seus próprios preceitos, justamente baseados nessas peculiaridades.

Portanto, com vistas a identificar os contratos comerciais internacionais, é mister a observação da matéria contratual, nesse caso, afeta à área comercial. Deve-se verificar ainda a especial característica de apresentar um elemento de conexão que remeta o contrato a mais de um sistema jurídico potencialmente aplicável à sua análise, formação e interpretação.

1.4 Elementos de Conexão

Elementos de conexão são expressões legais de conteúdo variável, de efeito indicativo, capazes de permitir a determinação do direito que deve tutelar a relação jurídica em questão. Valendo-se desse conceito, depreende-se que os elementos de conexão têm por função justamente a condução de qual o direito aplicável ao caso concreto, sobretudo se houver inferência de mais de um sistema jurídico relacionado à matéria.³⁶

Também podemos definir elemento de conexão como a indicação de qual o direito aplicável a determinada relação jurídica mediante expressão variável, que se individualiza em atendimento às expressões de cada caso.³⁷

Em virtude do exposto, passa-se à análise detalhada dos elementos de conexão do Direito adotando, para fins didáticos, a seguinte divisão: (a) elementos de conexão relativos à capacidade das pessoas físicas e jurídicas; (b) elementos de conexão relacionados a aspectos extrínsecos ou formais; e (c) elementos de conexão referentes a aspectos intrínsecos ou de fundo.

1.4.1 Elementos de Conexão Relativos à Capacidade das Pessoas Físicas e Jurídicas

A personalidade é condição fundamental para todos os direitos e obrigações, pois dela emana a capacidade para a aquisição de direitos e a assunção de obrigações. A personalidade e a capacidade têm extrema relevância para o direito internacional privado, pois a ele caberá dizer qual será a lei aplicável.

A seguir, serão analisados os elementos de conexão que ensejam a percepção jurídica de capacidade para contratar das pessoas físicas e jurídicas, o que é, *per se*, elemento importantíssimo para a correta formalização das operações comerciais internacionais.

³⁶ STRENGER, Irineu. *Direito internacional privado*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 268.

³⁷ *Ibidem*.

a) Elementos pessoais

São considerados elementos de conexão de natureza pessoal os relacionados à situação da pessoa, incluindo seus direitos e os sistemas de tutela jurídica.

No que se refere aos contratos internacionais, o estudo dos elementos de conexão de natureza pessoal é relevante na medida em que tais elementos são geralmente utilizados para a definição da lei aplicável ao começo e ao fim da personalidade, bem como à própria capacidade da parte contratual.

Há três sistemas para a determinação da lei aplicável em matéria de capacidade: a *lex fori* (territorialidade), a *lex patrie* (nacionalidade) e a *lex domicilii* (domicílio). De acordo com o sistema da territorialidade, a lei do Estado relativa à capacidade é aplicável a todas as pessoas que estejam em seu território, não havendo distinção entre nacionais e estrangeiros, domiciliados ou não. Embora dotado de simplicidade franciscana, esse critério mostrou-se inadequado quando da intensificação do comércio internacional, tornando-se gradativamente obsoleto.³⁸

Jacob Dolinger³⁹ vai além e afirma cabalmente que aplicar a *lex fori* para estrangeiros que estão meramente de passagem pelo país é um grande desprezo a 800 anos de evolução do direito internacional privado. Essa situação mostra o completo desprezo ao princípio básico de que a justiça e as normas jurídicas de cada país devem ser reconhecidas e aplicadas quando o ato jurídico, a pessoa ou a coisa tiverem relação mais estreita com o direito estrangeiro do que com o sistema jurídico aplicável de acordo com a *lex fori*. Modernamente, os sistemas de nacionalidade e domicílio têm sido mais utilizados pelos ordenamentos jurídicos.

Pierre Mayer⁴⁰ esclarece que a utilização da nacionalidade como elemento definidor da regência legal recende do *Ancien Droit*, de acordo com a qual o estatuto só rege os súditos. No Brasil, a antiga Introdução ao Código Civil rezava que a lei nacional da pessoa determina a sua capacidade civil, os direitos de família e as relações de bens do casamento. Atualmente, a Lei de Introdução ao Código Civil, no art. 7º, dispõe que a lei do país em que for

³⁸ RODAS, João Grandino. Elementos de conexão do direito internacional privado brasileiro relativamente às obrigações contratuais. In: *Contratos internacionais*. RODAS, João Grandino (coord). 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 12.

³⁹ DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: parte geral*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 301.

⁴⁰ MAYER, Pierre. *Droit international privé*. Paris: Éditions Montchrestien, 1977, p. 362.

domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família.⁴¹

Utilizando-se um conceito bastante sucinto, a nacionalidade é geralmente definida como o vínculo jurídico-político que liga o indivíduo ao Estado, ou seja, o elo entre a pessoa física e determinado Estado.⁴²

Desdobrando esse enfoque, poderíamos definir nacionalidade como a permanente dependência de uma pessoa a determinado Estado. Complementa ainda esse autor que se trata de um princípio firme do direito das gentes que cada Estado declara, de forma soberana, quais são seus súditos. Para esse fim, somente deve ser consultado o direito constitucional para que se verifique a nacionalidade de determinada pessoa, bem como quais serão os seus direitos e obrigações daí decorrentes. Por consequência, nenhum Estado pode atribuir nacionalidade de outro.⁴³

Pontes de Miranda,⁴⁴ nos comentários que teceu à Constituição de 1967, observou que a nacionalidade, tal como é entendida modernamente, corresponde ao que melhor se denominaria “estatalidade”, justamente por esse elo que se estabelece entre a pessoa e o Estado.

A definição kelseniana entende que nacionalidade é o *status* de um indivíduo que legalmente pertence a determinado Estado.⁴⁵

A nacionalidade, enquanto elemento de conexão, tem seu nascedouro no Código Civil francês de 1804. Doutrinariamente, no entanto, a questão nos remete aos ensinamentos da Escola Italiana de Mancini.⁴⁶

Na célebre aula inaugural de direito internacional da Universidade de Turim, “Della nazionalità como fondamento del diritto delle genti”, ministrada por Mancini em 22 de janeiro de 1851, o jurista afirma a importância da nacionalidade como fundamento último de todo o direito internacional e da própria existência das nações e das leis.⁴⁷

⁴¹ STRENGER, Irineu. *Direito internacional privado*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 269.

⁴² DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: parte geral*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 155.

⁴³ CASTRO, Amílcar de. Op. cit., p. 198.

⁴⁴ MIRANDA, Pontes. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda de 1969*, tomo IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p. 347.

⁴⁵ KELSEN, Hans. *Principles of international law*. 2. ed. New York: Holt-Rinehart and Winston, 1967, p. 372.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 270.

⁴⁷ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Dos contratos internacionais: uma visão teórica e prática*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 35

Sob essa ótica, as leis do Estado italiano eram concebidas pela nação italiana considerando seus costumes e modo de ser, sendo por isso fruto de um regime democrático que representava a vontade geral. Assim, tais normas deveriam ser aplicadas a todos os italianos, e apenas a eles, não importando onde estivessem.⁴⁸ Cabe salientar que essa linha de pensamento decorria das peculiaridades do momento histórico, no qual tanto Mancini como os alemães vivenciavam a unificação nacional, sendo certamente influenciados por todos os meandros políticos intrínsecos àquela conjuntura.

Em que pese a diversidade das circunstâncias temporais existentes entre a época de Mancini e o cenário hodierno, a nacionalidade mantém sua relevância na seara do direito internacional privado, uma vez que possibilita diferenciar o nacional do estrangeiro, definindo as condições jurídicas daí decorrentes; além de permitir a fixação da lei pessoal para indicação do direito aplicável.

A nacionalidade originária pode ser adquirida pelo nascimento, naturalização ou casamento. No que concerne ao nascimento, pode relacionar-se tanto com a nacionalidade dos pais (*jus sanguinis*), como com o solo (*jus solis*).⁴⁹ Importante registrar que há a possibilidade dos dois sistemas serem combinados.

Na primeira hipótese, a nacionalidade do filho será a mesma dos pais à época do nascimento, independentemente do país onde nasceu. Uma vez adquirida a nacionalidade pelo *jus sanguinis*, esta não será afetada caso os pais mudem de nacionalidade posteriormente. Os países emigratórios adotam tal modalidade. Doutrinariamente, há sugestões no sentido de alterar a denominação desse critério para “critério da filiação”.⁵⁰

Já na aplicação do *jus solis*, será considerado o país onde a pessoa nasceu, não importando a nacionalidade dos pais. Dolinger ensina que esse sistema vigeu na época feudal, em que havia uma forte ligação do homem à terra. Posteriormente renasceu no continente americano, formado por países imigratórios, com o objetivo de integrar os filhos dos imigrantes à nacionalidade do país que recebia seus pais, visando, assim, afastar o estabelecimento e o desenvolvimento de comunidades estrangeiras.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 35.

⁴⁹ STRENGER, Irineu. *Direito internacional privado*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 270.

⁵⁰ DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: parte geral*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 161.

A nacionalidade pode ainda ser adquirida em momento ulterior ao nascimento, sendo denominada secundária ou derivada. Os critérios de *ius domicilii* e *ius laboris* são especialmente relevantes para esse tema.⁵¹

O *ius domicilii* consiste na possibilidade de aquisição da nacionalidade caso a pessoa esteja domiciliada por determinado tempo no país. Quanto ao *ius laboris*, algumas legislações admitem que o serviço prestado em prol do Estado diminua o tempo necessário para a naturalização.

O domicílio é um elemento de conexão muito utilizado e que apresenta diversas caracterizações, como domicílio legal, administrativo e particular, cujas peculiaridades serão abordadas na sequência.⁵²

Considera-se domicílio legal o resultante de fixação por lei, independentemente da vontade do indivíduo. A título elucidativo, citamos o domicílio do filho não emancipado, definido pelo art. 7º da Lei de Introdução ao Código Civil, como sendo o de seu pai.

O domicílio administrativo refere-se à funcionalidade de determinado cidadão, uma vez que vincula a relação de fato a um sistema jurídico. Esta modalidade pode ser explicada mencionando-se o adido militar que esteja em país estrangeiro.⁵³

O domicílio particular resulta da vontade da pessoa, ou seja, é o escolhido para ser sua residência com ânimo definitivo. O art. 31 do Código Civil brasileiro preceitua que o domicílio civil da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece sua residência com ânimo definitivo. Esse diploma estabeleceu nitidamente dois elementos para tal definição: um objetivo (fixação da pessoa em determinado lugar) e um subjetivo (o ânimo de permanecer).⁵⁴

Remontando à época em que as Ordenações do Reino de Portugal vigoravam no Brasil, para ser considerado domiciliado no país o estrangeiro necessitava permanecer por dez anos. Posteriormente, o Aviso nº 265, de 3 de junho de 1869, declarou que se reputavam domiciliados no Brasil os estrangeiros que aqui residissem por dois anos, apresentando boa conduta e tendo um estabelecimento ou sendo casados com brasileiro.⁵⁵

Quanto aos brasileiros, se verificado o elemento objetivo (residência em território nacional), o elemento subjetivo (ânimo definitivo) deve ser

⁵¹ Ibidem, p. 160-162.

⁵² STRENGER, Irineu. *Direito internacional privado*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 271.

⁵³ STRENGER, Irineu. *Direito internacional privado*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 271.

⁵⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. v. 1. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 232.

⁵⁵ CASTRO, Amílcar de. Op. cit., p. 207-208.

presumido. Já no caso dos estrangeiros, será sempre matéria de fato a prova do ânimo definitivo. Ainda seguindo essa linha de raciocínio, a regra será o inverso para o domicílio estabelecido no estrangeiro, pois presume-se que a pessoa que resida em sua pátria o faz com ânimo de permanecer.⁵⁶

No que se refere à pessoa jurídica, o art. 11 da Lei de Introdução ao Código Civil cuida da matéria determinando que será regida pela legislação do Estado em que foi devidamente constituída. Portanto, a legislação do local de constituição regerá o começo da personalidade jurídica, definindo sua capacidade e a forma de constituição, como tipo societário, nome comercial, objeto social, administração, término da pessoa jurídica e afins.⁵⁷

O parágrafo primeiro do mesmo dispositivo também dispõe sobre o estabelecimento de empresas estrangeiras no Brasil, determinando que as filiais de empresas estrangeiras somente poderão se estabelecer no território brasileiro após a aprovação de seus atos constitutivos pelo governo brasileiro, sujeitando, por conseguinte, à legislação brasileira. Após as devidas autorizações governamentais a filial de empresa estrangeira passará a ser considerada brasileira para todos os fins de direito, inclusive quanto à sua capacidade.

b) Nacionalidade × Domicílio: vantagens de cada um dos sistemas

Tanto o sistema de nacionalidade como o de domicílio encontram fervorosos defensores para sua aplicação. Há vários argumentos que consubstanciam a eleição deste ou daquele sistema.⁵⁸

Defende-se a aplicação da lei da nacionalidade como sendo a mais adequada, tendo em vista que as legislações tendem a refletir os costumes e as tradições nacionais. Pasquale Mancini foi um grande defensor desse princípio por ocasião de sua luta pela unificação da Itália.

Não obstante a humanidade, tal argumento é contestado baseando-se na alegação de que aqueles que emigram para outros países gradativamente passam a se integrar aos costumes e hábitos de sua nova terra. Sem dúvida há exceções, como o caso de um europeu que passa a viver na China.

⁵⁶ Ibidem, p. 208.

⁵⁷ RODAS, João Grandino. Elementos de conexão do direito internacional privado brasileiro relativamente às obrigações contratuais. In: RODAS, João Grandino. *Contratos internacionais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 20.

⁵⁸ DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: parte geral*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 298-300.

A nosso ver, essa pessoa terá dificuldades para se adaptar a essa cultura tão diferente da sua terra natal. O direito inglês, todavia, resolve essa questão aplicando a lei do domicílio de origem do emigrante.

Outro argumento favorável refere-se ao componente de estabilidade apresentado pela nacionalidade, em detrimento do domicílio, que pode ser alterado com muito mais facilidade e frequência.

Finalmente, a certeza é alegada como vantagem da nacionalidade, pois seria mais fácil verificar a nacionalidade de uma pessoa do que seu domicílio. Alega-se, igualmente, que a nacionalidade não é um fator intencional, diferentemente do domicílio. Especificamente sobre a falta de intenção na aquisição da nacionalidade, discordamos dessa afirmação, pois em diversos ordenamentos jurídicos existe a possibilidade de aquisição de outra nacionalidade diversa daquela que lhe foi originalmente atribuída.

Por outro lado, deve-se considerar que a lei do domicílio é de interesse do imigrante, uma vez que conhece melhor as normas do país onde escolheu viver do que aquele que deixou, e não pretende ser discriminado pela aplicação de regras distintas daquelas aplicáveis à sociedade que passou a integrar.

Outro ponto a ser considerado refere-se à proteção dos interesses de terceiros que fazem parte das relações jurídicas estabelecidas com os contratantes, pois estes desconhecem a lei do estrangeiro, podendo resultar até em contratação com incapaz. Além disso, a aplicação da lei domiciliar facilita a adaptação e a integração cultural ao país que recebe os estrangeiros em caráter definitivo.

A aplicação da lei da nacionalidade também poderia gerar conflitos no seio familiar. O casamento de pessoas de diferentes nacionalidades poderia levar à regência de diferentes sistemas jurídicos para o casal. A lei domiciliar ao menos uniformiza situações jurídicas no âmbito conjugal, paternal, filial e parental.

Um argumento fortemente favorável refere-se ao fato de que a competência jurisdicional costuma ser determinada pelo domicílio (*actor sequitur forum rei*), coincidindo com a jurisdição legal. Muito embora em alguns sistemas as partes possam informar ao juiz o direito estrangeiro que rege a relação jurídica discutida, é evidente que seu conhecimento e propriedade em julgar calcado no direito pátrio será muito maior. Essa é justamente uma das críticas de Friedrich Juenger⁵⁹ à lei da nacionalidade, pois alega ser pre-

⁵⁹ JUENGER, Friedrich K. American and european conflicts law. *American Journal of Comparative*

judicial ao próprio interessado, na medida em que o desconhecimento das leis estrangeiras pelas autoridades judiciais do país onde estabeleceu domicílio pode fazer com que o processo seja mais lento e oneroso do que se aplicada a lei domiciliar.

Dolinger,⁶⁰ por sua vez, entende que a aplicação do princípio da nacionalidade representa a manutenção da filosofia dos bárbaros, afrontando o conceito de que a raça humana deve ser submetida ao sistema jurídico que lhe é mais próximo, uma vez que esse posicionamento é o que melhor se coaduna com a internacionalização das relações humanas. Na realidade, a lei domiciliar cobra cada dia mais força, tanto na América, como na Europa.⁶¹

Em suma, observando-se o momento histórico-político moderno, no qual a queda das fronteiras é cada vez mais presente e irreversível, vincular a aplicação da lei da nacionalidade em detrimento da domiciliar não se coaduna com o cenário social que ora se descortina. Ademais, forçar tais normas apenas traria mais obstáculos à perfeita integração dos imigrantes à sua nova localização. Não se pode desconsiderar, por fim, a possibilidade dos indivíduos terem imigrado inclusive pela discordância entre suas convicções pessoais e o ordenamento jurídico do seu país de origem. Condená-los à manutenção dessa aplicabilidade seria predestiná-los a manter-se sob o jugo de um rol normativo com o qual não se coadunam.

1.4.2 Elementos de Conexão Relacionados a Aspectos Extrínsecos ou Formais

Os elementos extrínsecos ou formais do contrato seguirão o princípio do *locus regit actum*. Assim sendo, o local da formalização do instrumento determinará a lei de regência no que se refere a tais aspectos.

A lei restringe a aplicabilidade do *locus regit actum* à forma extrínseca dos atos, ou seja, àquilo que serve para constatar o ato concluído, aos elementos exteriores que tornam o ato visível ou aparente. Desse modo, o ato constituído no exterior terá plena validade no Brasil, desde que todos os re-

Law, 1982, p. 130.

⁶⁰ DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: parte geral*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 301.

⁶¹ CASTILLA, José Joaquim Caicedo. *La segunda conferencia especializada interamericana sobre derecho internacional privado (CIDIP II)*. Cuarto curso de derecho internacional organizado por el Comité Interamericano, p. 392.

quisitos de validade necessários à correta celebração do contrato tenham sido verificados naquela localidade.⁶²

Interessante notar que há uma presunção *juris tantum* de validade e legalidade do ato praticado no exterior, por essa razão eventual contestação a respeito desse tema deverá vir acompanhada da produção de prova da irregularidade alegada pelo queixoso.

O art. 9º, parágrafo primeiro, da Lei de Introdução do Código Civil estabelece claramente que serão aplicáveis aos elementos extrínsecos do ato as peculiaridades da lei estrangeira, caso o contrato seja celebrado fora do território nacional.

1.4.3 Elementos de Conexão Relacionados a Aspectos Intrínsecos ou de Fundo

Os efeitos dos atos jurídicos subordinam-se à lei do país em que se constituírem ou ao país de sua execução. O que determinará a lei aplicável será a natureza e o conteúdo do ato.⁶³ Ademais, a formação, os efeitos e as condições do contrato submetem-se à lei de regência. Conforme lições de Annie Toubiana,⁶⁴ os efeitos do contrato, a interpretação da vontade dos contratantes, as consequências pela inexecução ou rescisão contratual regem-se por esse mesmo sistema.

O elemento de conexão consagrado pelo sistema jurídico brasileiro no art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil é o do local de constituição das obrigações avençadas contratualmente. Nem sempre a verificação desse local é tão palpável. Atualmente, há celebração de contratos feitos por correspondência, transmissão de dados por fac-símile e pela rede internacional de computadores. Nessas hipóteses o operador do direito deverá socorrer-se das disposições constantes do art. 9º, parágrafo 2º, que estabelece que a obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no local onde o proponente da negociação resida. Mais uma vez, nem sempre essa identificação é simples. A discussão surge quando, após a apresentação da proposta inicial, a outra parte faz contrapropostas que levam ao desfecho

⁶² DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro interpretada*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 258-259.

⁶³ STRENGER, Irineu. *Direito internacional privado*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 274.

⁶⁴ TOUBIANA, Annie. *Le domaine de la loi du contrat en droit international privé*, Paris: Dalloz, 1972, p. 101.

da negociação. Nessa hipótese, suscita-se a dúvida sobre qual parte seria a proponente.

Há autores que defendem não importar quantas contrapropostas sejam feitas, a oferta inicial é a que deve ser considerada. Não obstante a linearidade desse posicionamento, é preciso ter em mente as disposições do Código Civil brasileiro, especialmente quando estabelece que, caso a aceitação da proposta ocorra fora do prazo, com adições, modificações ou exclusões, importará em nova proposta. Nessa hipótese, haverá alteração na identificação do proponente.⁶⁵

Um ponto que merece especial atenção refere-se à autonomia das partes quanto à possibilidade de eleição da lei de regência do contrato, conforme se passa a discorrer.

1.5 Autonomia da Vontade

Ao ser enfrentado o tema da autonomia da vontade nos contratos, é preciso salientar que há três espécies de disposições aplicáveis às relações contratuais: as imperativas, as facultativas e as supletivas.⁶⁶

São consideradas disposições imperativas aquelas que contêm critérios que necessariamente serão utilizados e aplicados na apreciação jurídica do ato, independentemente de quaisquer inferências volitivas das partes envolvidas na relação. As facultativas permitem aos particulares escolher entre dois ou mais critérios de apreciação de seus atos. Trata-se de uma possibilidade de escolha, não havendo a obrigatoriedade intrínseca às imperativas. Finalmente, as disposições supletivas referem-se à imposição de determinado critério para o caso de ser deficiente, nula ou inexistente a manifestação de vontade das partes, permitida por disposição facultativa.

O art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil restringiu a autonomia da vontade das partes ao estabelecer o local da contratação como elemento de conexão, afastando a possibilidade de livre escolha.

A Lei de Introdução de 1917 trazia, em seu art. 13, a possibilidade de eleição de legislação diversa, posto que no texto legal previa-se que seria aplicável a lei do local de contratação, "salvo estipulação em contrário". Ha-

⁶⁵ TENÓRIO, Oscar. *Direito internacional privado*. v. II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976, p. 180.

⁶⁶ CASTRO, Amílcar de. Op. cit., p. 434-437.

roldo Valladão atribuiu a supressão dessa liberdade ao ambiente criado pelo regime ditatorial que acometia o Brasil quando da elaboração da Lei de Introdução ao Código Civil hoje vigente.⁶⁷ Outros doutrinadores entendem que essa omissão de texto não significa sua revogação por dois motivos: (a) a supressão decorreu exclusivamente do momento político em que se encontrava o Brasil; (b) o novo texto permitiu às partes que a assinatura do contrato ocorresse no local da legislação que pretendem ver aplicada, pois seria um contrassenso impedir que a vontade humana fosse o próprio elemento de conexão.⁶⁸

Em que pese esse argumento, resta clara a intenção do legislador de restringir a autonomia da vontade das partes, pois se trata de norma imperativa, logo, não há possibilidade de flexibilização de seu entendimento.

Assim, não haveria acolhida para a autonomia da vontade em matéria alusiva a contratos, vigorando a lei imperativamente determinada pela *lex loci contractus*.⁶⁹

A nosso ver, faz-se necessária a análise conjunta do art. 9º com o art. 17 da Lei de Introdução ao Código Civil, que considera ineficazes todos e quaisquer atos que ofendam a ordem pública interna, a soberania nacional e os bons costumes.

Ainda no tema relacionado à autonomia da vontade das partes, é fundamental ressaltar que, com o advento da Lei nº 9.307/96, permitiu-se às partes do contrato internacional estabelecer a resolução de conflitos por meio da arbitragem, onde a escolha da legislação é livre, podendo as partes optar, inclusive, pela resolução dos conflitos através de princípios de direito, costumes, princípios do comércio internacional ou qualquer outra forma estabelecida entre elas, desde que não fira a ordem pública e os bons costumes.

É justamente esse tema que será enfrentado no Capítulo 4 deste livro, que trata da solução de controvérsias em contrato internacionais, quando serão apresentadas alternativas interessantes para a resolução de disputas, como a aplicação dos princípios sobre os contratos comerciais internacionais do Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT) em foro arbitral.

⁶⁷ VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*. v. I. 4. ed. São Paulo: LTr. 2000, p. 366.

⁶⁸ AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (coord.). *Direito do comércio internacional: aspectos fundamentais*. São Paulo. Aduaneiras. 2004, p. 226-227.

⁶⁹ DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro interpretada*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 259.