

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

**QUANDO O NOVO EVIDENCIA O ULTRAPASSADO:
CONTRATOS INTERNACIONAIS ELETRÔNICOS, DIÁLOGO DE FONTES E
AFIRMAÇÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE**

**Belo Horizonte
2016**

LUCAS SÁVIO OLIVEIRA DA SILVA

**QUANDO O NOVO EVIDENCIA O ULTRAPASSADO:
CONTRATOS INTERNACIONAIS ELETRÔNICOS, DIÁLOGO DE FONTES E
AFIRMAÇÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE**

Dissertação de Mestrado apresentada pelo bacharel em Direito LUCAS SÁVIO OLIVEIRA DA SILVA ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito para a finalização do mestrado.

Linha de pesquisa: Estado, Razão e História

Projeto Estruturante: Estado e Mundialização: Fronteiras do Trabalho e Tecnologia, com ênfase em Relações Internacionais Privadas e Tecnologias.

Orientador: Prof. Dr. Fabrício Bertini Pasquot Polido

Co-orientadora: Profa. Dra. Nadia de Araujo

**Belo Horizonte
2016**

Silva, Lucas Sávio Oliveira da
S586q Quando o novo evidencia o ultrapassado: contratos internacionais
eletrônicos, diálogos de fontes e afirmação da autonomia da vontade
/ Lucas Sávio Oliveira da Silva. - 2016.

Orientador: Fabrício Bertini Pasquot Polido
Co-orientadora: Nadia de Araujo
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais,
Faculdade de Direito.

1. Direito internacional privado - Teses 2. Contratos (Direito
internacional) 3. Contrato eletrônico 4. Autonomia da vontade
I.Título

CDU₍₁₉₇₆₎ 341.5

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO

A dissertação intitulada “Quando o novo evidencia o ultrapassado: contratos internacionais eletrônicos, diálogo de fontes e afirmação da autonomia da vontade”, de autoria de Lucas Sávio de Oliveira da Silva, foi considerada _____ pela banca examinadora constituída pelos seguintes professores:

Professor Doutor Fabrício Bertini Pasquot Polido
(FDUFMG - Orientador)

Professora Doutora Nadia de Araujo
(PUC/Rio - Co-orientadora)

Professor Doutor Marcelo de Oliveira Milagres
(FDUFMG)

Professor Doutor Renato César Cardoso
(FDUFMG - Suplente)

Belo Horizonte, 25 de julho de 2016.

AGRADECIMENTOS

Concluir mais uma etapa de minha vida acadêmica é, para mim, motivo de grande felicidade. E a felicidade que sinto agora é composta, em verdade, por várias outras porções de felicidade que foram sendo vividas durante todo o processo que levou até esta culminação. Recordar com gratidão a cada um dos que me proporcionaram viver esta experiência é uma sincera e justa homenagem que deixo aqui registrada.

Agradeço ao Criador, que me deu a grande oportunidade de viver, me superar e ser, a cada dia, mais humano.

À minha família, em especial aos meus pais, Ronney e Sandra, por sempre acreditarem mais em mim do que eu mesmo sou hoje capaz; à minha irmã, Racchel, por sempre me mostrar que responsabilidade e leveza podem andar de mãos dadas; aos meus avós paternos, Yvonete e Jacó, por terem me ensinado que o conhecimento adquirido nunca poderá ser de mim tirado; aos meus avós maternos, Altair e Boanerges, que, seja onde for, estarão ao meu lado; aos meus tios e primos, que nunca deixaram de me apoiar.

Ao amor da minha vida, Mari, por tudo que compartilhamos, das lutas aos grandes objetivos, e por ser este, com certeza, apenas mais um dos grandes passos que damos juntos.

Aos meus queridos amigos, de hoje e de sempre, representados por André Freire, Cristiano Zuba, Samuel Mourão, Yuri Morais, Thiago Ricardo, Igor Bernardes, Wander Marcos, Olavo Monken, Stella Maia, Gustavo Ribeiro, Guilherme Boechat, Luciano Paula, Gustavo Schütz, Lucas do Nascimento, Breno Longhi, Simone Dantas, Aitor Rivas e Mariana Petitti por me recordarem, nos inúmeros momentos de alegria e nas diversas batalhas enfrentadas, que podemos permanecer uns na vida dos outros, não importando a distância que eventualmente nos separe.

Aos meus orientadores, Prof. Dr. Fabrício Bertini Pasquot Polido e Profa. Dra. Nadia de Araujo, por terem me guiado por este caminho e serem grandes exemplos. Nas pessoas deles também agradeço a todos os mestres que contribuíram para o desenvolvimento do Direito Internacional Privado, cujos ensinamentos me ajudaram a dar mais um passo na construção dessa encantadora disciplina.

A todos que me deram sua atenção, preciosos conselhos e indicações bibliográficas para o desenvolvimento desta dissertação, em especial aos Professores Doutores Jamile Mata Diz, José Angelo Estrella Faria, Eugenio Hernández-Bretón, Maria Blanca Noodt Taquela, Ingeborg Schwenzer e Petra Butler, e aos amigos Carolina Nasser, Denis Braga e Pedro Vilela.

Ao Prof. Dr. Christian Sahb Batista Lopes, pelo exemplo e apoio nesta jornada.

Às queridas Lília e Patrícia Finelli, não apenas pelo exímio trabalho de revisão desta dissertação, mas também pela amizade e companheirismo de sempre.

Aos colegas de academia, tanto do PPGD, quanto do GACI, representados por Lucas Anjos, Filipe Greco, Vinícius Calixto, Danielle Ziade, Leonardo Naranjo e Patrícia Bittencourt, pelas inúmeras oportunidades de aprendizagem recíprocas.

Aos servidores da FDUFMG, por toda a atenção e prestatividade.

A todos do VLF Advogados, em especial à Mariana Resende, Pedro Ernesto Rocha, Paulo Vítor Ângelo, Rachel Rezende, Guilherme Sofal, Raphael Frattari, Leonardo Wykrota e Daniel Vilas Boas, pelo apoio e compreensão.

Ao Mestre Carlos Bernardo González Pecotche, por ter sido exemplo de que podemos construir um futuro melhor para a humanidade.

Por fim, ao Lucas Sávio que fui, que confiou em si mesmo, se empenhou, criou esta oportunidade e não deixou que ela passasse.

“Nem utopia nem distopia, a Internet é a expressão de nós mesmos através de um código de comunicação específico, que devemos compreender se quisermos mudar nossa realidade”
Manuel Castells

“O homem será o que quer ser, se une a seu saber e as suas forças o conhecimento da própria herança.”
Carlos Bernardo González Pecotche

RESUMO

Dentre os principais setores do Direito Internacional Privado está a determinação da lei aplicável aos casos pluriconectados. No Brasil, a regra de conexão objetiva para os contratos internacionais é a aplicação da lei do local de sua constituição. Tal fato vai na contramão do que se observa na maioria dos Estados, cujos sistemas jurídicos conferem poder para que as próprias partes definam que ordenamento ou regras de direito regularão suas avenças, principalmente se forem profissionais firmando contratos empresariais. A regra geral brasileira se mostra ainda mais inadequada quando transportada para o cenário do comércio eletrônico, no qual as características da Internet, utilizada como meio para que as partes contratem, fazem com que métodos localizadores sejam ineficazes. Não obstante, uma análise do ordenamento brasileiro, tomando como base a teoria do diálogo das fontes de Erik Jayme, evidencia que, na verdade, o que falta ao sistema é coerência, uma vez que, em determinados contextos, a autonomia da vontade para escolha de lei já é uma realidade no Brasil. Defende-se, com base na análise comparativa de normas e na própria teoria apontada, que sua afirmação trará segurança jurídica aos contratos internacionais eletrônicos.

Palavras-chave: Direito Internacional Privado. Contratos internacionais eletrônicos. Lei aplicável. Autonomia da vontade. Diálogo das fontes.

ABSTRACT

Amongst the main sectors of Private International Law is the definition of the law applicable to international cases. In Brazil, the objective connecting rule for international contracts is to apply the law of their constitution's location. This fact runs counter to what is observed in most States, whose legal systems guarantee parties' prerogative of defining themselves which legal system or rules of law will govern their covenants, especially if they are professionals signing business contracts. The Brazilian general rule is proved even more inadequate when analyzed in a context of electronic commerce, in which the characteristics of the Internet, used as a means for the parties to contract, make locator methods ineffective. However, an analysis of the Brazilian legal system, based on the theory of dialogue of sources, shows that, in fact, what is missing is coherence to the system, since in certain contexts freedom of choice is already a reality in Brazil. It is argued, based on comparative analysis of norms and the mentioned dialogue of sources theory, that its ratification will bring legal certainty to electronic international contracting.

Keywords: Private International Law. Electronic international contracts. Applicable law. Party autonomy. Dialogue of sources.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

| | |
|--------------|---|
| ARPA | Agência de Projetos de Pesquisa Avançada dos Estados Unidos (Advanced Research Projects Agency) |
| Art. / Arts. | Artigo(s) da lei ou norma a que se refere(m) |
| CCI | Câmara de Comércio Internacional |
| CIDIP | Conferência Interamericana Especializada sobre Direito Internacional Privado |
| CISG | Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias |
| DARPA | Agência de Projetos de Pesquisa Avançada de Defesa dos Estados Unidos (Defense Advanced Research Projects Agency) |
| DHCP | Dynamic Host Configuration Protocol |
| ENIAC | Electronic Numerical Integrator and Computer |
| LINDB | Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei nº 4.657/1942) |
| LMAE | Lei Modelo sobre Assinaturas Eletrônicas |
| LMCE | Lei Modelo sobre Comércio Eletrônico |
| MIT | Massachusetts Institute of Technology |
| NPL | National Physical Laboratory, na Inglaterra |
| OEA | Organização dos Estados Americanos |
| OMC | Organização Mundial do Comércio |
| TCP/IP | Transmission Control Protocol/Internet Protocol |
| TJMG | Tribunal de Justiça de Minas Gerais |
| TJRS | Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul |
| TJSP | Tribunal de Justiça de São Paulo |
| UE | União Europeia |
| UNCITRAL | Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional |
| UNCTAD | Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento |
| UNIDROIT | Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado |
| UNECIC | Convenção das Nações Unidas sobre o Uso de Comunicações Eletrônicas em Contratos Internacionais |

LISTA DE FIGURAS

| | |
|--|-----------|
| Figura 1 – Comparação entre redes | 23 |
| Figura 2 – Plano da Arpanet..... | 24 |

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| INTRODUÇÃO..... | 13 |
| PARTE I - A LEI APLICÁVEL AOS CONTRATOS INTERNACIONAIS | |
| ELETRÔNICOS: DESAFIO À TRADIÇÃO..... | 16 |
| 1 OS CONTRATOS INTERNACIONAIS ELETRÔNICOS B2B..... | 17 |
| 1.1 O COMÉRCIO INTERNACIONAL E OS CONTRATOS INTERNACIONAIS | |
| ELETRÔNICOS..... | 17 |
| <i>1.1.1 Critérios definidores da internacionalidade dos contratos.....</i> | <i>18</i> |
| <i>1.1.2 O meio eletrônico e os contratos.....</i> | <i>20</i> |
| 1.2 O CONTRATO EMPRESARIAL | 31 |
| <i>1.2.1 O conceito na legislação brasileira</i> | <i>32</i> |
| <i>1.2.2 Elementos característicos do contrato empresarial</i> | <i>35</i> |
| 1.2.2.1 São fruto da prática comercial..... | 35 |
| 1.2.2.2 São constituidores do mercado | 36 |
| 1.2.2.3 Ocorrem nas relações entre empresários..... | 37 |
| 1.2.2.4 São pautados pelo lucro..... | 39 |
| 1.2.2.5 São pautados na confiança, na segurança e na previsibilidade | 40 |
| <i>1.2.3. Visões do direito internacional: UNIDROIT.....</i> | <i>41</i> |
| <i>1.2.4 O contrato B2B: conceito adotado</i> | <i>43</i> |
| <i>1.2.5 Algumas consequências práticas da adoção de conceito apropriado</i> | <i>44</i> |
| 2 A DEFINIÇÃO DA LEI APLICÁVEL AOS CONTRATOS | |
| INTERNACIONAIS ELETRÔNICOS | 46 |
| 2.1 A DEFINIÇÃO DA LEI APLICÁVEL E O MÉTODO TRADICIONAL LOCALIZADOR | 46 |
| <i>2.1.1 O método tradicional e a norma indireta</i> | <i>47</i> |
| <i>2.1.2 A lei aplicável às relações contratuais segundo a LINDB</i> | <i>49</i> |
| <i>2.1.3 Os problemas do método conflitual.....</i> | <i>51</i> |
| 2.2 O PROBLEMA: AS CARACTERÍSTICAS DO MEIO ELETRÔNICO | 55 |
| 2.2.1 <i>Internacionalidade</i> | 56 |
| 2.2.2 <i>A deslocalização</i> | 56 |
| 2.2.3 <i>Ubiquidade</i> | 62 |
| 2.2.4 <i>A natureza imaterial.....</i> | 63 |
| 2.2.5 <i>A instantaneidade do meio.....</i> | 66 |

| | |
|---|-----|
| 2.2.6 <i>Outras características relevantes</i> | 66 |
| 2.3 AS SOLUÇÕES POSSÍVEIS..... | 68 |
| 2.3.1 <i>A uniformização do direito</i> | 69 |
| 2.3.1.1 <i>Recomendação sobre o Valor Jurídico dos Registros</i> | |
| Computadorizados | 70 |
| 2.3.1.2 <i>Lei Modelo sobre Comércio Eletrônico</i> | 71 |
| 2.3.1.3 <i>Lei Modelo sobre Assinaturas Eletrônicas</i> | 74 |
| 2.3.1.4 <i>Convenção das Nações Unidas sobre o Uso de Comunicações</i> | |
| <i>Eletrônicas em Contratos Internacionais</i> | 75 |
| 2.3.1.5 <i>Recomendação sobre a promoção de confiança no comércio</i> | |
| <i>eletrônico</i> | 80 |
| 2.3.1.6 <i>Outras iniciativas internacionais relacionadas ao comércio</i> | |
| <i>eletrônico</i> | 80 |
| 2.3.2 <i>A escolha pelas partes</i> | 81 |
| | |
| PARTE II - A AUTONOMIA DA VONTADE COMO SOLUÇÃO | 83 |
| 3 A AUTONOMIA DA VONTADE NO DIREITO INTERNACIONAL | |
| PRIVADO | 84 |
| 3.1 CONCEITO | 84 |
| 3.1.1 <i>O conceito de autonomia</i> | 84 |
| 3.1.2 <i>Uma diferenciação necessária</i> | 88 |
| 3.1.3 <i>O que significa a escolha da lei aplicável</i> | 90 |
| 3.2 ORIGEM E DESENVOLVIMENTO | 94 |
| 3.2.1 <i>As primeiras manifestações</i> | 94 |
| 3.2.2 <i>A teoria da autonomia da vontade e sua negação</i> | 97 |
| 3.2.3 <i>Afirmção e expansão do princípio da autonomia da vontade</i> | 99 |
| 3.3 A TENSÃO ENTRE O PODER ESTATAL E A LIBERDADE DO INDIVÍDUO: A | |
| NECESSIDADE DE QUE A AUTONOMIA DA VONTADE SEJA ENTENDIDA COMO UM | |
| DIREITO HUMANO..... | 103 |
| 3.3.1 <i>A visão centrada no Estado</i> | 103 |
| 3.3.2 <i>A necessidade de colocar o homem no centro</i> | 105 |
| 3.3.3 <i>Problematizando o princípio da autonomia da vontade</i> | 108 |

| | |
|--|------------|
| 4 AFIRMAÇÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE NO BRASIL..... | 111 |
| 4.1 O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE ATÉ A PROMULGAÇÃO DA LINDB..... | 111 |
| 4.2 A LINDB E AS DIFERENTES INTERPRETAÇÕES | 116 |
| 4.3 A TEORIA DO DIÁLOGO DAS FONTES COMO BASE INTERPRETATIVA..... | 120 |
| 4.4 AS CONTRADIÇÕES VALORATIVAS DO ORDENAMENTO BRASILEIRO..... | 125 |
| 4.4.1 A Constituição como fonte da autonomia da vontade | 125 |
| 4.4.2 A liberdade de escolha no âmbito da arbitragem..... | 129 |
| 4.4.3 CISG: conflito evidente..... | 132 |
| 4.4.4 O Novo CPC e o reconhecimento da liberdade de escolha de foro..... | 135 |
| 4.5 A NECESSIDADE DE COERÊNCIA SISTÊMICA E A AFIRMAÇÃO DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE | 137 |
| CONCLUSÃO | 139 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 140 |

INTRODUÇÃO

De acordo com o último relatório sobre economia da informação da Conferência das Nações Unidas Sobre Comércio e Desenvolvimento, lançado em 2015, o comércio eletrônico, que se expandiu rapidamente nos últimos anos, continuará crescendo. Para formar noção sobre o tema, os dados de 2013 indicam que o comércio eletrônico entre empresas a nível global movimentou o incrível montante de US\$ 15,2 trilhões e, no mesmo período, a venda para consumidores ficou na casa dos US\$ 1,2 trilhões.¹

Trata-se de uma realidade muito recente na história da humanidade. Como se verá na Parte I, Capítulo 1, a Internet, da forma como é conhecida hoje, começou a ser pensada na década de 1960, tendo permanecido até meados da década de 1990 restrita ao meio acadêmico e governamental. Foi apenas a partir de 1998 que seu domínio passou inteiramente para a iniciativa privada, possibilitando sua utilização para o comércio eletrônico, em especial o realizado entre empresas. O comércio eletrônico e as fronteiras das novas tecnologias expressam, em larga medida, o contexto de observação dos problemas de pesquisa objeto deste trabalho.

As características da Internet – tais como internacionalidade, deslocalização, ubiquidade, imaterialidade e instantaneidade – garantem às empresas velocidade e expansão de seus negócios além das fronteiras estatais. Manuel Castells, em “A Galáxia da Internet”, explica que este instrumento foi capaz de gerar um novo modelo de negócios que permite *escalabilidade*, ou seja, a possibilidade de expandir-se, local ou globalmente, com uma geometria variável de acordo com as necessidades de cada operação; *interatividade*, em um sistema multidirecional de comunicação, em tempo real ou escolhido, com fornecedores, compradores, subcontratadores e empregados; *administração da flexibilidade*, com a manutenção do controle do projeto empresarial ao mesmo tempo em que ele se expande e diversifica sua composição de acordo com suas necessidades; uso da *marca* como símbolo de qualidade e inovação; e *customização*, chave para a condução de negócios em um contexto de demanda global em que a produção em massa não mais satisfaz o mercado.²

¹ UNCTAD. *Information Economy Report: unlocking the potential of e-commerce for developing countries*. Geneva: United Nations, 2015. p. 13.

² CASTELLS, Manuel. *A Galáxia da Internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. Trad. Maria Luiza de X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2003. p. 66-67.

Todavia, as mesmas peculiaridades da Internet que tanto beneficiam os negócios trazem desafios ao Direito, incluindo-se aí o Direito Internacional Privado. O Capítulo 2 é dedicado a esta análise interseccional.

Dentre os sectores normativos do Direito Internacional Privado, destaca-se aquele do conjunto de regras e princípios destinados à definição da lei aplicável às relações jurídicas plurilocalizadas, conforme compreende Erik Jayme, autor utilizado como um dos marcos teóricos neste trabalho, em especial em sua obra “Identité Culturelle et Intégration: Le Droit International Privé Postmoderne”.³ Cada Estado estabelece métodos para que esta definição seja levada a cabo, seja pela utilização de normas de conflito, seja buscando encontrar qual lei tem mais proximidade com o caso, ou, ainda, abrindo a particulares a possibilidade de escolherem, por si sós, a lei que será aplicável à relação jurídica constituída. A convivência dessas técnicas na atualidade gera o chamado pluralismo pós-moderno de métodos.

As normas de conflito simbolizam o método clássico para definição da lei aplicável a uma relação jurídica internacional. Em linhas gerais, trata-se de um método localizador que, por meio da escolha de um dos elementos característicos da relação indica quais leis de determinado ordenamento jurídico estatal serão consideradas aplicáveis. Esses são os chamados elementos de conexão (elementos de estraneidade, elementos estrangeiros), a exemplo do domicílio das partes, o local de sua nacionalidade, o de situação dos bens envolvidos, aquele em que a obrigação terá que ser executada ou mesmo onde ela foi constituída.

Ocorre, porém, que esta lógica, ainda de sobremaneira dependente das fronteiras físicas dos Estados, parece não ser compatível com o ambiente de contratação virtual proporcionado pela Internet, pelas próprias características do meio. Uma das soluções possíveis seria conferir às partes o poder de escolher as leis ou normas a regular suas avenças, afirmando a autonomia da vontade. Essa conclusão será desenvolvida no Capítulo 3, Parte II.

A autonomia da vontade é hoje internacionalmente aceita como fundamento primeiro para a definição da lei aplicável a um contrato internacional. Ainda assim, o Brasil, na contramão dos sistemas internacionais e mesmo do exemplo da maioria dos Estados, adota a solução estanque da *lex loci celebrationis*, ou seja, a de que a lei aplicável será aquela do

³ JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. In: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. The Hague Academy of International Law. Brill Online, v. 251, 2016. p. 44.

local de constituição do contrato.⁴ Esta realidade, quando analisada pela ótica do comércio eletrônico, em especial quando este é realizado entre empresas, evidencia uma tensão a todo tempo identificável no Direito: os poderes de ingerência e regulação pelo Estado em confronto com a busca do indivíduo pela liberdade.

Se, por um lado, o estabelecimento de normas de conflito, com elementos de conexão bem delineados, reflexo do poder e soberania estatais, confere ao sistema certa previsibilidade sobre como se dará a interpretação de determinado objeto de conexão pelo julgador estatal, por outro, a possibilidade de que as partes definam *per se* a lei aplicável à relação jurídica estabelecida fomenta a segurança jurídica e a confiança necessária aos negócios internacionais. Em um ambiente em que as normas tradicionais não se mostram capazes de solucionar o conflito aparente de leis, a afirmação da liberdade de escolha se faz ainda mais necessária. Sua defesa é o *Leitmotiv* deste trabalho.

A pesquisa tem como base dois elementos. O primeiro deles é uma concepção humanista da autonomia da vontade, entendendo-a a partir de uma fundamentação ancorada nos Direitos Humanos. Defende-se que, para entender o real significado da existência deste princípio, o homem deve ser colocado no centro das atenções.

O segundo dos elementos é a aplicação da teoria do diálogo das fontes, tal qual formulada e defendida por Erik Jayme. Seu resgate responde a um fato: apesar da regra geral do ordenamento nacional para os contratos internacionais ser a aplicação da lei do local de contratação, há ilhas de liberdade, situações em que as partes podem, de forma clara e legal, definir que normas regularão suas relações. Pretende-se, assim, no Capítulo 4, demonstrar os fundamentos existentes no sistema jurídico brasileiro para a defesa da aplicação do princípio da autonomia da vontade, demonstrando a necessidade de aplicá-lo aos contratos internacionais eletrônicos.

Espera-se, ao final, que a pesquisa aqui apresentada, em sede de Mestrado no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, possa contribuir para que se reconheça o princípio da autonomia da vontade para escolha de lei aplicável no Brasil.

⁴ Tal como estabelecido no art. 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. (BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. *Diário Oficial da União*, 9 set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 16 maio 2016)

**PARTE I -
A LEI APLICÁVEL AOS CONTRATOS INTERNACIONAIS
ELETRÔNICOS: DESAFIO À TRADIÇÃO**

1 OS CONTRATOS INTERNACIONAIS ELETRÔNICOS B2B

A linguagem é, como se sabe, composta pelas formas utilizadas pelos seres humanos para que possam se comunicar e, com isso, se entender. Para que exista entendimento quando se utilizam as modalidades falada ou escrita, é necessário que se convencie o significado das palavras, o conceito que cada uma delas tem. Só assim se mostra possível que, ao ler o texto, se saiba o que se quer dizer, por exemplo, com a frase “o gato subiu no telhado”. E, ainda que um leitor possa imaginar que um gato preto subiu em um telhado com telhas de barro e outro que foi um gato branco e que as telhas eram de amianto, não haverá passado na mente de ninguém a imagem de um tigre no topo de uma árvore.

No campo da ciência a definição de conceitos tem papel igualmente essencial para que o conhecimento progrida. Apenas a partir do momento em que há um mínimo de consenso em relação a determinado conceito é que é possível dialogar e seguir com o desenvolvimento de determinado campo do saber. Por isso, é comum que, no Direito, se inicie o estudo de determinado instituto jurídico ou disciplina com os conceitos essenciais que serão desenvolvidos.⁵ Daí a possibilidade, por exemplo, de afirmar que “a cartularidade dos títulos de crédito confere segurança jurídica às relações comerciais”, sem ter que se deter na explicação de cada um dos conceitos para que o entendimento seja alcançado.

Dessa forma, a delimitação conceitual do objeto deste trabalho cumpre o objetivo de determinar seu campo de análise, assim como seus pressupostos, necessários para que se compreenda as proposições nele realizadas. Passa-se a abordar os conceitos, portanto, na sequência.

1.1 O comércio internacional e os contratos internacionais eletrônicos

De forma geral, os contratos internacionais eletrônicos são caracterizados, ao mesmo tempo, por sua internacionalidade e por serem negociados e, muitas vezes, executados, inteiramente pelo meio eletrônico. Porém, há critérios específicos que definem tal internacionalidade.

⁵ Não se nega, por óbvio, que o Direito está em constante evolução, e que os conceitos nele utilizados também. Todavia, a ausência de um conceito claro e, em linhas gerais, compartilhado pela comunidade jurídica pode ter consequências drásticas para o desenvolvimento de determinado instituto ou mesmo disciplina jurídica.

1.1.1 Critérios definidores da internacionalidade dos contratos

Diversos critérios podem ser levados em consideração para que um contrato seja tido como internacional, já que tanto questões econômicas quanto jurídicas, ou ambas combinadas, podem ser identificadas como limitadoras desse caráter.⁶

A movimentação transfronteiriça de bens e serviços é um dos critérios de caráter econômico para a definição da internacionalidade de um contrato, aos quais se soma a movimentação, também através das fronteiras, de recursos financeiros em decorrência da relação jurídica materializada no contrato. O chamado fluxo e refluxo⁷ dá destaque para as consequências recíprocas de determinado contrato nos países aos quais está, de alguma forma, ligado. Por ele é possível perceber, por exemplo, que um contrato firmado entre pessoas de nacionalidades diferentes no país de uma delas, país no qual tanto a execução quanto o pagamento seriam realizados, é, na verdade, doméstico, a despeito da nacionalidade das partes.⁸ Esta definição, no entanto, ainda que possa ser aplicada a contratos de câmbio ou contratos do comércio internacional, não se aplica a todos os casos e não pode servir como orientação geral para os contratos internacionais.⁹

A ênfase jurídica dá destaque à existência de feixe de elementos que indicariam a internacionalidade do contrato, por sua ligação com mais de um sistema jurídico, ligados à celebração e execução do contrato, à nacionalidade ou domicílio das partes ou, ainda, à localização do objeto.

Deve-se entender, todavia, que é “a importância do elemento de estraneidade que determina o caráter internacional do contrato, no fim das contas”¹⁰. Passa-se, assim, para uma definição realista, em que a relevância dos fatos que ligam determinada relação jurídica a mais de um país definirá seu caráter internacional.

⁶ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos Internacionais*. São Paulo: Lex Editora, 2010. p. 21 et seq.

⁷ O critério foi utilizado pela Corte de Cassação da França, que em 1927 entendeu ser o critério econômico o relevante para a definição da internacionalidade de um contrato: “O contrato deve provocar um movimento de fluxo e refluxo sobre as fronteiras, com consequências recíprocas num país e noutro. É, por exemplo, objeto de um pagamento internacional o contrato de compra e venda comercial que envia mercadorias de um país a outro e, em seguida, o montante do preço, do segundo para o primeiro.” (PELLISSIER du Besset, Cassation civil, 17 de maio de 1927. *Apud* DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado (Parte Especial)* – Direito civil internacional. v. II. Contratos e obrigações no direito internacional privado. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 224.)

⁸ É o que ocorreria na locação de um imóvel no Brasil por um nacional peruano, sendo o proprietário brasileiro e os pagamentos feitos inteiramente no Brasil em moeda corrente nacional.

⁹ DOLINGER, *op. cit.* p. 224.

¹⁰ BAPTISTA, *op. cit.* p. 26.

Partindo desta ideia, entende-se que os contratos internacionais do comércio são:

[...] todas as manifestações bi ou plurilaterais da vontade livre das partes, objetivando relações patrimoniais ou de serviços, cujos elementos sejam vinculantes de dois ou mais sistemas jurídicos extraterritoriais, pela força do domicílio, nacionalidade, sede principal dos negócios, lugar do contrato, lugar de execução, *ou qualquer circunstância que exprima um liame indicativo de Direito aplicável.* (grifou-se)¹¹

Ao não limitar as circunstâncias que indicam a necessidade de definição do direito aplicável à relação jurídica regulada, esta visão eclética, flexível, abre a possibilidade de que outras questões sejam levadas em conta como indicativos da internacionalidade do contrato.¹²

Para Luiz Olavo Baptista:

[...] essa fórmula, realista, permite levar em conta aspectos da teoria geral do direito que não podem ser ignorados: primeiro, o fato de que, sendo o contrato um instituto jurídico, é no direito que deve encontrar sua definição e classificação; segundo, que existe também em outras dimensões, refletindo uma realidade exterior, de interesses, situações econômico-sociais em relação às quais cumpre função instrumental. Ora, uma definição adequada do contrato internacional tem que levar em conta essas facetas do fenômeno contratual – a jurídica e a econômico-social, que são a reprodução da realidade e esta mesma. Em sua, o contrato internacional, sendo uma operação econômica internacional (e, logo, meio de promover a circulação de riquezas entre as nações) não deixa de ser um conceito jurídico.¹³

Como se verá, o meio eletrônico apresenta uma realidade na qual outros elementos podem ser levados em consideração para a definição da internacionalidade de um contrato. Ao mesmo tempo, suas características desafiam a utilização de elementos de conexão tradicionais, localizadores da relação jurídica. Portanto, adota-se neste trabalho a concepção realista de contrato internacional.

¹¹ STRENGER, Irineu. *Contratos Internacionais do Comércio*. São Paulo: RT, 1986. p. 65.

¹² Uma análise da legislação brasileira indica que o método adotado no Brasil é eclético. Luiz Olavo Baptista considera ser assim a partir da análise do Decreto-Lei nº 857, de 1969, que estabelece a obrigatoriedade de que as obrigações exequíveis no Brasil sejam pagas em moeda corrente nacional, à exceção das relações descritas em seu Art. 2º, quais sejam: “I - aos contratos e títulos referentes a importação ou exportação de mercadorias; II - aos contratos de financiamento ou de prestação de garantias relativos às operações de exportação de bens e serviços vendidos a crédito para o exterior; III - aos contratos de compra e venda de câmbio em geral; IV - aos empréstimos e quaisquer outras obrigações cujo credor ou devedor seja pessoa residente e domiciliada no exterior, excetuados os contratos de locação de imóveis situados no território nacional; V - aos contratos que tenham por objeto a cessão, transferência, delegação, assunção ou modificação das obrigações referidas no item anterior, ainda que ambas as partes contratantes sejam pessoas residentes ou domiciliadas no país.” (BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos Internacionais*. São Paulo: Lex Editora, 2010. p. 28)

¹³ *Ibidem*. 29-30.

1.1.2 O meio eletrônico e os contratos

Breves considerações sobre as soluções tecnológicas que fizeram possíveis os contratos internacionais eletrônicos se fazem necessárias para a definição do que se entende aqui por eletrônico.

A história que levou ao ambiente *on-line* e a todas as possibilidades trazidas pela existência de uma rede interconectada de computadores, cada vez mais difundida e acessível, abarca um período extremamente recente. E, como afirma Manuel Castells:

A história da criação e do desenvolvimento da Internet é a história de uma aventura humana extraordinária. Ele põe em relevo a capacidade que têm as pessoas de transcender metas institucionais, superar barreiras burocráticas e subverter valores estabelecidos no processo de inaugurar um mundo novo. Reforça também a ideia de que a cooperação e a liberdade de informação podem ser mais propícias à inovação do que a competição e os direitos de propriedade.¹⁴

Os primeiros computadores digitais e, portanto, totalmente eletrônicos, remontam à década de 1940, com desenvolvimento impulsionado por propósitos militares.¹⁵

O primeiro deles, que começou a ser projetado em 1943, durante a II Guerra Mundial, foi o ENIAC, sigla em inglês para Computador Integrador Numérico Eletrônico. Lançado oficialmente em 1946, o ENIAC foi criado por cientistas da Escola Moore de Engenharia Elétrica da Universidade da Pensilvânia, nos Estados Unidos.¹⁶ Mil vezes mais rápido que seus antecessores, de funcionamento analógico, o primeiro computador digital, que pesava mais de 30 toneladas e ocupava um galpão, era capaz de realizar até 5000 operações por segundo.¹⁷ Apesar de seu potencial para uso em geral, ele teve como principal finalidade a realização de cálculos balísticos.

¹⁴ CASTELLS, Manuel. *A Galáxia da Internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. Trad. Maria Luiza de X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2003. p. 13.

¹⁵ De forma resumida, a história da computação pode ser acessada em: TIMELINE of Computer History. Computers. *Computer History Museum Website*. Disponível em: <<http://www.computerhistory.org/timeline/computers/>>. Acesso em: 21 abr. 2016.

¹⁶ O documentário “The Computers: The Remarkable Story of the ENIAC Programmers”, que conta a história das 6 programadoras do ENIAC, mulheres que fundaram as bases da linguagem computacional, mas permaneceram invisíveis por muito tempo, foi lançado em fevereiro de 2016. (THE COMPUTERS: The Remarkable Story of the ENIAC Programmers. Producers: Jon Palfreman; Kathy Kleiman; Kate McMahon. *Eniac Programmers Project*, 2013. Documentário. Disponível em: <<http://eniaprogrammers.org/>>. Acesso em: 21 abr. 2016.)

¹⁷ Apenas para que se tenha uma ideia da velocidade da evolução tecnológica que seguiu à invenção do ENIAC, na década de 1970 calculadoras de mão já eram capazes de superar em velocidade a gigantesca máquina.

Aproximadamente 20 anos após o esforço científico para o desenvolvimento do primeiro computador digital, a internet começava a ser pensada.¹⁸ A década de 1960 foi marcada por três pesquisas que, ao mesmo tempo, sem que os pesquisadores de uma soubessem da existência das demais, acabaram formando as bases do que hoje é a internet. O contexto, uma vez mais, era de guerra, desta vez a Guerra Fria, que colocou Estados Unidos e União Soviética em uma verdadeira corrida pela superioridade tecnológica militar.

Em 1957, a União Soviética lançou o Sputnik 1, primeiro satélite artificial da Terra. A resposta dos Estados Unidos veio com a criação da ARPA, Agência de Projetos de Pesquisa Avançada, que depois veio a se chamar DARPA, Agência de Projetos de Pesquisa Avançada de Defesa, nome que conserva até os dias atuais. A missão da ARPA era mobilizar recursos de pesquisa, em especial em universidades, de forma a superar a União Soviética.¹⁹

Criada em fevereiro de 1958, a ARPA começou um programa de pesquisa computacional em outubro de 1962, tendo à frente J.C.R. Licklider, que passou a ser diretor do Escritório de Técnicas de Processamento Informacional da ARPA. Licklider era pesquisador do Massachusetts Institute of Technology (MIT), e naquele mesmo ano já havia publicado uma série de trabalhos sobre o que chamou de “Galactic Network” (Rede Galáctica). “Ele imaginou um conjunto interligado de computadores a nível mundial por meio do qual todos pudessem acessar rapidamente dados e programas de qualquer local. Em essência, o conceito era muito parecido com a internet de hoje.”²⁰

Em 1961, também no MIT, Leonard Kleinrock submeteu seu projeto de tese doutoral em que apresentava, pela primeira vez, a solução de transmissão de dados por meio de pacotes.²¹

¹⁸ Para uma visão mais completa das inovações tecnológicas que precederam a Internet, assim como de seu desenvolvimento, ver: TIMELINE of Computer History. Networking the Web. *Computer History Museum Website*. Disponível em: <<http://www.computerhistory.org/timeline/networking-the-web/>>. Acesso em: 21 abr. 2016.

¹⁹ CASTELLS, Manuel. *A Galáxia da Internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. Trad. Maria Luiza de X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2003. p. 13.

²⁰ No original: “He envisioned a globally interconnected set of computers through which everyone could quickly access data and programs from any site. In spirit, the concept was very much like the Internet of today.” (LEINER, Barry M *et al.*. Brief History of the Internet. *Internet Society Website*. Disponível em: <<http://www.internetsociety.org/internet/what-internet/history-internet/brief-history-internet#JCRL62>>. Acesso em: 22 abr. 2016) (tradução nossa)

²¹ KLEINROCK, Leonard. Information Flow in Large Communication Nets. *RLE Quarterly Progress Report*. Massachusetts Institute of Technology, April 1962. Disponível em: <<http://www.lk.cs.ucla.edu/data/files/Kleinrock/Information%20Flow%20in%20Large%20Communication%20Nets.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2016.

Nas redes de computadores baseadas nessa técnica, a informação é dividida em pequenas partes (pacotes) antes de ser enviada. Cada pacote carrega o endereço de origem e o de destino, sendo que os pacotes viajam pela rede como unidades independentes de informação, podendo tomar rotas diferentes até o computador de destino, onde são reordenados e checados e a informação é então reconstituída. A comutação de pacotes permite que diversos usuários compartilhem um mesmo canal de comunicação.²²

Essa forma de transmissão de dados foi não só um dos grandes passos que possibilitou a existência da Internet, como também continua a ser utilizada até hoje.

Ao mesmo tempo, outra pesquisa, financiada pela Força Aérea dos Estados Unidos da América, era realizada. A Rand Corporation, um “think tank”²³ sem fins lucrativos, foi encarregada de desenvolver uma solução ambiciosa, mas ao mesmo tempo formidável, principalmente considerando a época: criar uma rede de comunicação que pudesse sobreviver a um ataque nuclear. Paul Baran ficou responsável pela concepção da rede e chegou ao conceito que hoje é utilizado na Internet, o de uma rede totalmente livre de controles centralizados, distribuída de tal forma que mesmo que um ou vários de seus nós (*nodes*), ou seja, das máquinas que a compõe, interligadas entre si, fossem destruídos, o sistema continuaria no ar.²⁴

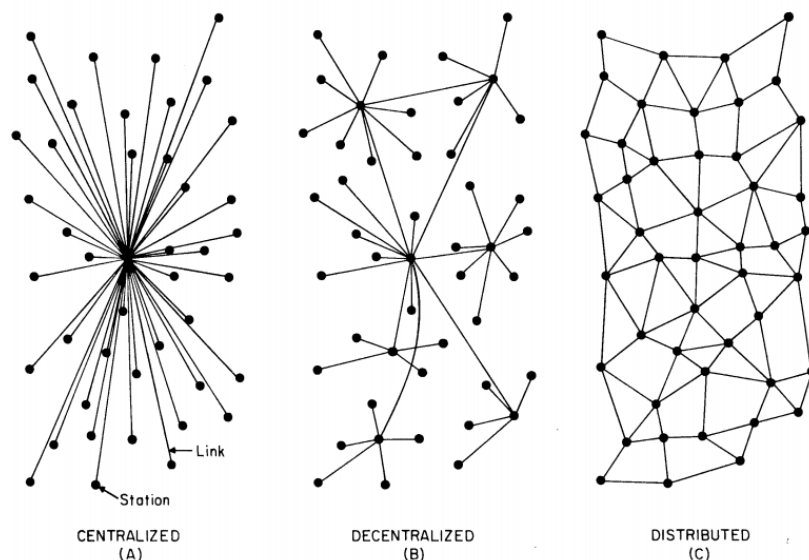
A capacidade de as máquinas se comunicarem entre si, e manterem a comunicação independentemente da destruição de outros nós, era a chave para a sobrevivência da rede. Baran identificou que a maior vulnerabilidade das redes existentes à época, em que terminais eram ligados diretamente a máquinas centralizadoras de informação, era justamente a centralização: caso esse único nó fosse destruído, toda a rede deixaria de existir. Da mesma forma, um esquema descentralizado, mas hierarquizado, seria vulnerável, ainda que nem sempre as comunicações precisassem ser feitas pelo nó central. No primeiro volume de uma série de estudos apresentada em 1964 sobre sua concepção de rede, Baran apresenta de forma esquemática como esta deveria ser, denominando-a como “distribuída” e comparando-a com as redes centralizadas e descentralizadas, da maneira retratada pela seguinte Figura 1:

²² CARVALHO, Marcelo Sávio Revoredo Menezes de. *A trajetória da Internet no Brasil: do surgimento das redes de computadores à instituição dos mecanismos de governança*. Dissertação. Universidade Federal do Rio de Janeiro. 2006. Disponível em <<http://www.nethistory.info/Resources/Internet-BR-Dissertacao-Mestrado-MSavio-v1.2.pdf>>. Acesso em 19 maio 2016. p. 11. Trata-se de um trabalho extremamente completo sobre a história da Internet no Brasil, questão incidental não abordada aqui.

²³ Instituto de pesquisas composto por experts responsáveis por discutir questões relevantes para a sociedade, sejam elas políticas, sociais ou econômicas.

²⁴ PAUL Baran and the Origins of the Internet. *Rand Corporation Website*. Disponível em: <<http://www.rand.org/about/history/baran.html>>. Acesso em: 16 maio 2016.

Figura 1 – Comparação entre redes



Fonte: BARAN, Paul. *On Distributed Communications*. I. Introduction to Distributed Communications Networks. Santa Monica: The Rand Corporation, 1964. p. 2.

As pesquisas não eram levadas a cabo somente nos Estados Unidos. Também na Inglaterra um grupo de pensadores estava desenvolvendo uma rede de comunicação entre os computadores do Laboratório Nacional de Física, conhecida em inglês como “*NPL Network*”. A rede, também pensada para funcionar por meio da transmissão de pacotes de informação, foi desenvolvida por Donald Davies e Roger Scantlebury.²⁵

Em 1967, os trabalhos do MIT, por meio da ARPA, da Rand Corporation e do NPL convergiram. Ocorreu em Gatlinburg, nos Estados Unidos, o Primeiro Simpósio sobre Princípios dos Sistemas Operacionais da *Association for Computing Machinery* (ACM). Nele, foram apresentados trabalhos de Lawrence G. Roberts²⁶, sucessor de Licklider na ARPA, e dos pesquisadores do NPL, Donald Davies e Roger Scantlebury²⁷. Na ocasião, eles também tomaram conhecimento sobre as pesquisas desenvolvidas por Paul Baran.

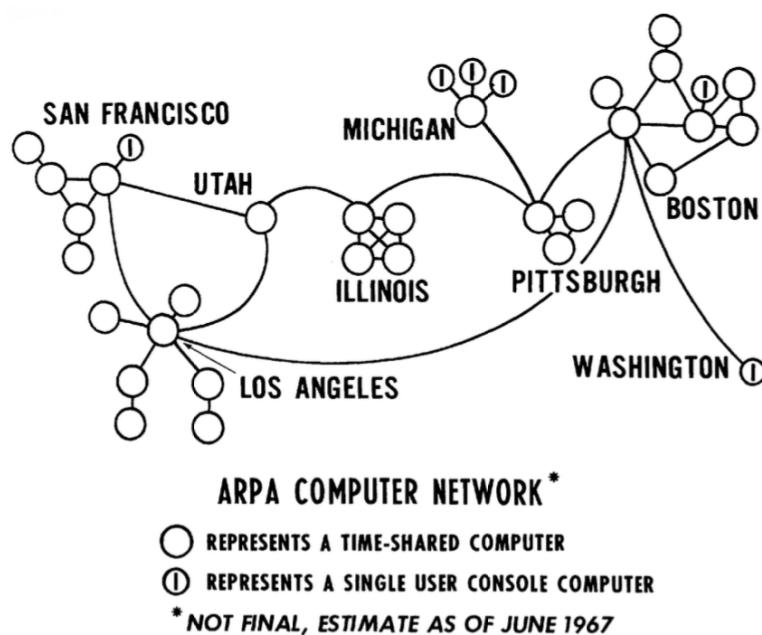
²⁵ LEINER, Barry M *et al.*. Brief History of the Internet. *Internet Society Website*. Disponível em: <<http://www.internetsociety.org/internet/what-internet/history-internet/brief-history-internet#JCRL62>>. Acesso em: 22 abr. 2016.

²⁶ ROBERTS, Lawrence G. *Multiple computer networks and intercomputer communication*. Proceedings of the first ACM symposium on Operating System Principles. 1967. Disponível em: <<http://dl.acm.org/citation.cfm?id=811680&dl=ACM&coll=DL&CFID=786155807&CFTOKEN=71528559>>. Acesso em: 16 maio 2016.

²⁷ DAVIES, D. W *et al.* *A digital communication network for computers: giving rapid response at remote terminals*. Proceedings of the first ACM symposium on Operating System Principles. 1967. Disponível em: <<http://dl.acm.org/citation.cfm?id=811669>>. Acesso em: 16 maio 2016.

O trabalho de Roberts se mostrou de especial importância. O pesquisador apresentou o plano do que se consolidou, de fato, como precursor do que veio a ser a Internet: a Arpanet, uma rede que conectaria grupos de pesquisa computacional apoiados pela ARPA, existentes em diferentes universidades dos Estados Unidos. O plano inicial e provisório da Arpanet era o seguinte (Figura 2):

Figura 2 – Plano da Arpanet



Fonte: ROBERTS, Lawrence G. *Multiple computer networks and intercomputer communication*. Proceedings of the first ACM symposium on Operating System Principles. 1967. Disponível em: <<http://dl.acm.org/citation.cfm?id=811680&dl=ACM&coll=DL&CFID=786155807&CFTOKEN=71528559>>. Acesso em: 16 maio 2016.

Em 1969, a Arpanet já estava plenamente operativa. Como explicam Asa Briggs e Peter Burke:

Graças ao tipo de informação que estava sendo compartilhada, um elemento essencial de sua razão de ser era que a rede pudesse sobreviver à retirada ou destruição de qualquer computador ligado a ela, e, na realidade, até à destruição nuclear de toda a “infraestrutura” de comunicações [...]. Essa era a visão do Pentágono. A visão das universidades era que a Net oferecia “acesso livre” aos usuários professores e pesquisadores, e que eram eles comunicadores.²⁸

²⁸ BRIGGS, Asa; BURKE, Peter. *Uma história social da Mídia – De Gutenberg à Internet*. Trad. Maria Carmelita Pádua Dias. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004. p. 310.

De fato, em 1968, Licklider e Robert W. Taylor já haviam publicado um artigo sobre o computador como um meio de comunicação, no qual afirmaram que “em poucos anos, os homens poderão se comunicar de maneira mais eficaz por meio de uma máquina que frente a frente”²⁹. E, ao prever os possíveis usos da comunicação eletrônica, os pesquisadores previram: “você raramente fará uma viagem puramente de negócios, uma vez que interligar computadores será muito mais eficiente”³⁰.

Em 1971, Ray Tomlinson cria o correio eletrônico da forma como se conhece hoje e muda para sempre a comunicação por meio da Internet. A nova ferramenta, que já trazia a utilização da “@” para ligar o nome do usuário ao seu provedor de acesso³¹, foi introduzida na Arpanet em 1972. Ao permitir o envio de mensagens de forma simples, eficiente e barata dentro da rede, fez com que a troca de ideias, assim como sua implementação, se desse com ainda mais velocidade. A partir desse ponto, a Internet estava viva.

Assim como ocorre na comunicação humana, a comunicação entre computadores depende da utilização de uma linguagem comum. Os chamados protocolos são, justamente, essa linguagem compartilhada para que exista a troca de informações, a movimentação dos dados pela rede. Foi também na década de 1970 que foi criado o principal protocolo da Internet, adotado até os dias atuais: o TCP/IP, sigla em inglês para Protocolo de Controle de Transmissão/Protocolo de Internet. Criado por Vint Cerf e Bob Kahn, a primeira versão do protocolo era chamada apenas de TCP e foi apresentada em 1973³². O objetivo era fazer com que a Arpanet pudesse ser conectada a outras duas redes de comunicação que eram administradas pela ARPA, a PRNET e a SATNET. Criou-se, assim, um novo conceito: uma rede de redes³³.

Em 1978, Vinton Cerf e Steve Crocker aprimoraram o TCP e dividiram-no em duas partes, acrescentando o protocolo IP e criando o TCP/IP. Após várias pesquisas para

²⁹ No original: “In a few years, men will be able to communicate more effectively through a machine than face to face.” (LICKLIDER, J.C.R.; TAYLOR, Robert W. The Computer as a Communication Device. *Science and Technology*, p. 21-41, April 1968. Disponível em: <<http://www.utexas.edu/ogs/alumni/events/taylor/licklider-taylor.pdf>>. Acesso em: 16 maio 2016. p. 21)

³⁰ No original: “You will seldom make a purely business trip, because linking consoles will be so much more efficient.” (*Ibidem*. p. 38) (tradução nossa)

³¹ Em inglês, o símbolo @ significa “at”, ou seja, “em”.

³² O artigo contendo toda a ideia que fundamentou o que veio a ser o TCP/IP só foi publicado em 1974, conforme CERF, Vinton G.; KAHN, Robert E. A protocol for packet network interconnection. *IEEE Trans. Comm. Tech.*, v. 22, n. 5, p. 627-641, May 1974. Disponível em: <<https://www.cs.princeton.edu/courses/archive/fall06/cos561/papers/cerf74.pdf>>. Acesso em: 16 maio 2016.

³³ CASTELLS, Manuel. *A Galáxia da Internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. Trad. Maria Luiza de X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2003. p. 14.

aperfeiçoamento do protocolo, que levaram à conclusão de que ele era a melhor solução para a expansão e segurança da Arpanet, o TCP/IP foi adotado como padrão da rede em 1º de janeiro de 1983.³⁴

O IP³⁵ é o protocolo que “tem como função principal viabilizar a interconexão de redes, sendo responsável basicamente pelo endereçamento lógico neste ambiente, segmentação, priorização de pacotes e descarte de pacotes com problemas de roteamento”³⁶.

A última das inovações que fizeram da Internet o que é hoje, e que tem relevância para o trabalho aqui desenvolvido, ocorreu em 1989, quando Tim Berners-Lee, pesquisador da Organização Europeia para a Pesquisa Nuclear (CERN), inventou a *World Wide Web*.³⁷ Seu projeto, que tinha como objetivo o compartilhamento automático de conteúdo entre universidades e institutos no mundo inteiro, terminou por revolucionar o acesso à informação por meio de hipertextos e sites, abertos em navegadores mais amigáveis ao usuário³⁸, ou seja, fez com que a Internet pudesse ter a feição que apresenta atualmente. Em 1993, o CERN colocou o software da *World Wide Web* em domínio público³⁹, o que significou grande impulso para a popularização da Internet⁴⁰.

³⁴ LEINER, Barry M *et al.* Brief History of the Internet. *Internet Society Website*. Disponível em: <<http://www.internetsociety.org/internet/what-internet/history-internet/brief-history-internet#JCRL62>>.

Acesso em: 22 abr. 2016.

³⁵ Hoje, utiliza-se a versão IPv4, aceita mundialmente. Este protocolo está prestes a ser inteiramente substituído pelo IPv6. A quantidade de números IP únicos possíveis com o IPv4 é limitada a 4.3 bilhões de números. Isso se deve ao fato ser ele um esquema de numeração em 32 *bits*, ou seja, que possibilita a existência de 2³² números. Tal quantidade não é o suficiente para suportar o crescente número de usuários da Internet. O IPv6, a tecnologia que substituirá o IPv4, foi programada em 128 *bits*, e trará a possibilidade de que que 2¹²⁸ números únicos sejam alocados, ou seja 340.000.000.000.000.000.000.000.000.000.000.000.000.000 (340 trilhões de trilhões de trilhões). A transição foi iniciada em 2012, e seguirá até que toda a rede esteja adaptada à nova forma de endereçamento. Para mais informações, cf.: GOOGLE IPv6. Google Website. Disponível em: <<https://www.google.com/intl/en/ipv6/index.html>>. Acesso em: 20 maio 2016.

³⁶ LABORATÓRIO de IPv6 [livro eletrônico]: aprenda na prática usando um emulador de redes / Equipe IPV6.br. – São Paulo: Novatec Editora, 2015. Disponível em <<http://www.cgi.br/media/docs/publicacoes/1/livro-lab-ipv6-nicbr.pdf>>. Acesso em 20 maio 2016. p. v.

³⁷ BERNERS-LEE, Tim. Information Management: a proposal. March 1989, May 1990. Disponível em: <<https://www.w3.org/History/1989/proposal.html>>. Acesso em: 24 abr. 2016.

³⁸ O primeiro site da Internet foi justamente sobre o projeto de Berners-Lee e está disponível em seu endereço original: HOME of the first website. Disponível em: <<http://info.cern.ch/>>. Acesso em: 24 abr. 2016.

³⁹ O documento que oficialmente torna de domínio público a World Wide Web pode ser encontrado em: EUROPEAN ORGANIZATION FOR NUCLEAR RESEARCH (CERN). Statement Concerning CERN W3 Software Release into Public Domain. Disponível em: <<http://cds.cern.ch/record/1164399>>. Acesso em: 24 abr. 2016.

⁴⁰ Estatísticas sobre o crescimento do número de usuários desde 1995 podem ser vistas em: INTERNET Growth Statistics. *Internet World Stats Website*. Disponível em: <<http://www.internetworldstats.com/emarketing.htm>>. Acesso em: 24 abr. 2016.

Em fevereiro de 1990, a Arpanet foi retirada de operação.⁴¹ Entre 1990 e 1995, a estrutura que antecedeu a Internet⁴², a NSFNET, foi controlada pela NSF, a Fundação Nacional de Ciência dos Estados Unidos, que impedia, em grande medida, seu uso comercial⁴³. Todavia, essa situação não se manteve por muito tempo.

A privatização da Internet pela NFS aconteceu rapidamente. A tecnologia das redes de computadores se expandia em domínio público, em um ambiente de desregulamentação das telecomunicações. Isso, somado ao fato de que o Departamento de Defesa dos Estados Unidos já tinha a intenção de comercializar a tecnologia da Internet, tendo financiado fabricantes de computadores para que estes incluíssem o TCP/IP em seus protocolos desde a década de 1980⁴⁴, fez com que na década de 1990 a maioria dos computadores já estivesse preparada para se conectar em rede. Assim, estavam lançados, de fato, os alicerces para a rápida difusão da internet. Em 1995 a NFSNET foi extinta, iniciando-se a operação privada da Internet.⁴⁵ Depois de um período de transição, a Internet foi finalmente entregue em sua totalidade para a iniciativa privada em 1998.⁴⁶

A partir de então estava totalmente aberto o caminho para sua utilização como meio de comunicação para a realização de negócios internacionais. Computadores no mundo inteiro já possuíam tecnologia suficiente para que pudessem se conectar uns aos outros, em uma estrutura totalmente descentralizada, utilizando-se dos mesmos protocolos e realizando a transmissão de informação por meio de pacotes.

⁴¹ CASTELLS, Manuel. *A Galáxia da Internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. Trad. Maria Luiza de X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2003. p. 15.

⁴² Este também foi o ano em que se definiu de fato o significado do termo Internet. O antigo *Federal Networking Council* dos Estados Unidos, por meio de uma resolução, definiu que a Internet é o sistema de informação global logicamente interligado entre si por meio do protocolo IP, capaz de suportar comunicações utilizando o protocolo TCP/IP e que fornece, usa ou trona acessível serviços de comunicação de alto nível por meio desta infraestrutura. (LEINER, Barry M *et al.*. Brief History of the Internet. *Internet Society Website*. Disponível em: <<http://www.internetsociety.org/internet/what-internet/history-internet/brief-history-internet#JCRL62>>. Acesso em: 22 abr. 2016.)

⁴³ Ainda assim, muitos websites foram colocados no ar antes de 1995. Uma lista pode ser encontrada em: LIST of websites founded before 1995. *Wikipedia Website*. Disponível em: <https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_websites_founded_before_1995>. Acesso em: 25 abr. 2016.

⁴⁴ Há informação de que um fundo de US\$ 20 milhões foi criado com a intenção de que o TCP/IP fosse implementado em computadores pelos fabricantes, o que foi aproveitado por todas as grandes empresas do ramo. Cf. ABBATE, Janet. *Inventing the Internet*. Massachusetts: The MIT Press, 1999. p. 143.

⁴⁵ CASTELLS, Manuel. *A Galáxia da Internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. Trad. Maria Luiza de X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2003. p. 15.

⁴⁶ Sobre a história do processo de privatização da Internet, ver: A BRIEF History of NSF and the Internet. *National Science Foundation Website*, August 13, 2003. Disponível em: <http://www.nsf.gov/news/news_summ.jsp?cntn_id=103050>. Acesso em: 24 abr. 2016.

Manuel Castells faz uma interessante observação sobre o processo de formação da Internet, que segundo ele surgiu com a confluência da *big science*⁴⁷, da pesquisa militar e da cultura da liberdade:

[...] a Arpanet, a principal fonte que viria a ser afinal a Internet, não foi uma consequência fortuita de um programa de pesquisa que corria em paralelo. Foi prefigurada, deliberadamente projetada e subsequentemente administrada por um grupo determinado de cientistas da computação que compartilhavam uma missão que pouco tinha a ver com estratégia militar. Enraizou-se num sonho científico de transformar o mundo através da comunicação por computador, embora alguns dos participantes do grupo se satisfizessem em simplesmente promover boa ciência computacional.⁴⁸

A transformação buscada pelos cientistas que a projetaram conseguiu fazer da Internet uma realidade que de fato ocorreu. Hoje, essa grande rede de redes é acessada não apenas por computadores ligados por meio de cabos, mas também por celulares (*smartphones*) e *tablets*, que permitem o acesso móvel à Internet em aparelhos que cabem no bolso, algo talvez impensável quando o ENIAC foi lançado há 70 anos. Novas descobertas fazem com que as formas de conexão e interatividade sejam cada vez maiores, a exemplo das múltiplas possibilidades abertas com o grafeno, uma das formas cristalinas do carbono que promete revolucionar a maneira como seres humanos interagem com os meios tecnológicos e se comunicam entre si.⁴⁹

Esclarece-se, assim, que, para os fins deste trabalho, por meio eletrônico entende-se a utilização da Internet para comunicação, sem qualquer limitação quanto ao artefato tecnológico que será utilizado para acessar a rede. Tem-se em conta, de forma especial, duas das principais aplicações da Internet para comunicação: os correios eletrônicos (*e-mail*) e a

⁴⁷ Pesquisas científicas em grandes e caros projetos, muitas vezes financiados pelo governo.

⁴⁸ CASTELLS, Manuel. *A Galáxia da Internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. Trad. Maria Luiza de X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2003. p. 21. A afirmação do autor também se explica pelo fato de que não foi apenas a Arpanet e suas sucessoras que derem origem à Internet como a conhecemos hoje. Na verdade, o que se tem é uma rede de redes, possibilitada pelo desenho original da Arpanet, com suas múltiplas camadas, descentralizada e com protocolos de comunicação abertos. Estes fatores deram origem a várias outras experiências de comunicação computacional em rede, tais como a FIDONET e a BITNET, e, também, à utilização de softwares abertos como o UNIX, um sistema operacional de fonte aberta que possibilitou, por exemplo, a criação do LINUX, um dos sistemas operacionais mais avançados do mundo, constantemente atualizado e aperfeiçoado por usuários do mundo todo. Cf. CASTELLS, *op. cit.* p. 16 *et seq.*

⁴⁹ Circula na Internet um interessante vídeo com a previsão do que pode ser um dia normal na vida das pessoas em 50 anos utilizando soluções tecnológicas em grafeno. Não obstante o vídeo preveja o que será em 50 anos, as chances de que as mudanças estejam disponíveis mais rapidamente é grande. Cf.: A DAY Made of Glass... Made possible by Corning. *Corning Incorporated*, 2011. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=v4cKDzTyOek>>. Acesso em: 1º maio 2016.

World Wide Web (WWW), as formas mais comuns e difundidas de comunicação no meio digital.

Ainda que outras técnicas possam ser utilizadas hoje, ou mesmo criadas, espera-se que as conclusões por meio da análise destas duas formas de interação na Internet possam ser expandidas. A escolha parte do pressuposto de que ambas refletem formas de comunicação básicas no meio, quais sejam: a comunicação de uma pessoa a pessoas determinadas, feita por meio de correios eletrônicos e de aplicações de mensagens instantâneas, e a comunicação de uma pessoa a um grupo indeterminado, que é a que geralmente ocorre na WWW.

Dentre as possibilidades abertas pela comunicação por meio eletrônico está, justamente, a de que contratos sejam celebrados utilizando este meio. Adota-se aqui o conceito de contrato eletrônico elaborado por Rodrigo Fernandes Rebouças:

[...] o contrato eletrônico deve ser conceituado como o negócio jurídico contratual realizado pela manifestação de vontade, das posições jurídicas ativa e passiva, expressada por meio (= forma) eletrônico no momento de sua formação. Portanto, a manifestação de vontade por meio eletrônico sobrepõe a sua instrumentalização, de maneira que não é uma nova categoria contratual, mas sim, forma de contratação por manifestação da vontade expressada pelo meio eletrônico.⁵⁰

Segundo o autor, o que importa, de fato, para a caracterização do contrato eletrônico é sua formação por este meio, sendo indiferente para sua definição que as fases pré-contratual, de execução ou pós-contratual se deem por meio eletrônico.

Por ser o contrato eletrônico uma forma de contratação, as partes podem utilizá-lo para a realizar qualquer tipo de negócio jurídico, desde que não haja forma solene prescrita em lei, como é o caso, no Brasil, para os negócios jurídicos envolvendo direitos reais sobre imóveis que custem acima de trinta vezes o salário mínimo vigente, que exigem escritura pública⁵¹, documento ainda físico na atual realidade. Tal realidade exige o devido recorte do objeto deste trabalho.

Os contratos eletrônicos aqui considerados são aqueles que se inserem no âmbito do comércio internacional, fazendo parte, portanto, do que se conhece como comércio eletrônico.

⁵⁰ REBOLÇAS, Rodrigo Fernandes. *Contratos Eletrônicos: formação e validade – aplicações práticas*. São Paulo: Almedina, 2015. p. 31.

⁵¹ Art. 108 do Código Civil: “Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País.” (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, 11 nov. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 16 maio 2016)

De acordo com a OCDE, o:

[...] Comércio Eletrônico se refere, de uma maneira geral, a todas as formas de transações comerciais envolvendo tanto organizações quanto indivíduos, baseadas no processamento e transmissão eletrônica de dados, incluindo textos, sons e imagens. Ele também se refere aos efeitos que a troca eletrônica de informação comercial pode ter nas instituições e processos que sustentam e regem as atividades comerciais. Estes incluem gerenciamento organizacional, contratos e negociações comerciais, marcos legais e normativos, arranjos de liquidação financeira, tributos, dentre muitos outros. (tradução nossa)⁵²

Como visto, os as transações comerciais eletrônicas compreendem apenas uma parte do fenômeno do comércio eletrônico. De forma geral, essas transações podem significar dois tipos distintos de relação. De um lado, há a utilização do meio eletrônico para a celebração de contratos que serão executados fisicamente, por entrega física de mercadorias pelos meios tradicionais de transporte ou pela prestação de um serviço que envolva atividades materiais. De outro, a utilização do meio eletrônico para aquisição e entrega de bens intangíveis, tais como *softwares* ou conteúdo de entretenimento em geral.

Há que se considerar, ainda, que dentro do campo das transações comerciais eletrônicas quatro tipos de relação podem surgir. A primeira delas é aquela em que há a disponibilização de bens e serviços por sociedades empresárias diretamente para os consumidores finais, como é o caso dos inúmeros sites para compras em geral disponíveis na rede, como os famosos “amazon.com”, “ebay.com”, “submarino.com.br”, dentre inúmeros outros.⁵³ Este tipo de relação é conhecida como B2C, do inglês *business-to-consumer*. A segunda envolve a relação entre empresas, ou B2B, *business-to-business*. Há, ainda, a possibilidade de que as transações sejam realizadas as chamadas transações *consumer-to-consumer*, C2C, aquelas em que pessoas físicas, que não têm o comércio como atividade, utilizam plataformas *online* para anunciar e vender produtos. A OLX, empresa de

⁵² No original: “Electronic Commerce refers generally to all forms of commercial transactions involving both organizations and individuals, that are based upon the electronic processing and transmission of data, including text, sound and visual images. It also refers to the effects that the electronic exchange of commercial information may have on the institutions and processes that support and govern commercial activities. These include organizational management, commercial negotiations and contracts, legal and regulatory frameworks, financial settlement arrangements, and taxation, among many others.” (ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Electronic Commerce: Opportunities and Challenges for Government*. OCDE, 1997. p. 20)

⁵³ É prática comum que grandes redes de lojas, que possuem suas unidades físicas, tenham, também, sites para venda online.

classificados que atua em mais 118 países⁵⁴, é o melhor exemplo dessa prática. Por fim, há as chamadas transações B2G, *business-to-government*, semelhantes à relação B2B, mas tendo um ente público em uma das pontas, como parte na relação contratual.

A inserção do meio eletrônico na dinâmica empresarial, com todas as possibilidades abertas pela comunicação a nível global entre sociedades empresárias, conectando fornecedores e produtores de forma nunca antes experimentada, é o que interessa para a presente dissertação. As relações B2B serão aqui analisadas, não sendo, em momento algum, consideradas questões próprias dos universos B2C, C2C ou B2G. Tal escolha envolve a compreensão do significado dos contratos empresariais e das especificidades de relações existentes entre sociedades empresárias.

1.2 O contrato empresarial

Necessária se faz a análise do conceito de contrato empresarial, na tentativa de identificar seus aspectos essenciais e, a partir deles, afirmar a disciplina e a abordagem adequada ao desenvolvimento da atividade empresarial e do mercado.

Cabe ressaltar que esta necessidade responde a uma parte essencial do método do Direito Internacional Privado, qual seja, a qualificação. Conforme define Dolinger:

[...] a qualificação é um processo técnico-jurídico sempre presente no direito, pelo qual se classificam ordenadamente os fatos da vida relativamente às instituições criadas pela Lei ou pelo Costume, a fim de bem enquadrar as primeiras nas segundas, encontrando-se assim a solução mais adequada e apropriada para os diversos conflitos que ocorrem nas relações humanas. Além dos fatos, os próprios institutos jurídicos também exigem uma qualificação clara e definida.⁵⁵

E completa:

[...] se isto é importante no direito em geral, torna-se mais ainda no Direito Internacional Privado, onde se procura ligar o fato ou ato a um determinado sistema jurídico, e para esta operação é preciso qualificar a hipótese submetida à apreciação [...].⁵⁶

Inicia-se, assim, pela identificação, na legislação, dos conceitos adotados, passando

⁵⁴ QUEM somos. *OLX Website*. Disponível em: <<http://www.olx.com.br/about.htm>>. Acesso em: 19 maio 2016.

⁵⁵ DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: parte geral*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 389.

⁵⁶ *Ibidem*. p. 390.

pela investigação das características fundamentais dos contratos empresariais, para, então, realizar a proposição de um conceito. Consequências práticas da adoção do conceito também são abordadas.

1.2.1 O conceito na legislação brasileira

O Brasil, declarada sua independência em 7 de setembro de 1822, apenas teve sua primeira Constituição outorgada em 25 de março em 1824. O art. 179, XVIII da Constituição Política do Império do Brasil era claro ao estabelecer que deveriam ser organizados, o quanto antes, “um Código Civil, e Criminal, fundado nas sólidas bases da Justiça, e Equidade”.⁵⁷ E, enquanto o Código Criminal demorou apenas até 1830 para ser decretado,⁵⁸ o primeiro Código Civil tardaria quase um século, vindo a ser promulgado apenas em 1916.⁵⁹

Assim, como nos recorda Alfredo de Assis Gonçalves Neto, “ao tempo da feitura e da promulgação do nosso Código Comercial em 1850, as leis civis eram incipientes e desorganizadas”⁶⁰. Não havia uma única fonte, mas sim diversas, em sua maioria ainda portuguesas, como Regimentos das Colônias, Ordenações Filipinas, Lei da Boa Razão, decretos, alvarás e cartas régias. “Foi necessário, então, que ele [o Código Comercial] estatuísse a respeito da matéria obrigacional em geral, para proporcionar adequado tratamento ao que nele tinha que estar regulado.”⁶¹

O Código Comercial de 1850 regulava, em seu Título V, questões gerais sobre os contratos e obrigações mercantis, passando, nos títulos subsequentes, aos contratos mercantis em espécie, tais como o mandato, a comissão, a compra e venda, a troca, a locação e o mútuo.⁶² Apesar de não conceituar os contratos mercantis, o Código Comercial de 1850

⁵⁷ BRASIL. Constituição (1824). *Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 16 maio 2016.

⁵⁸ BRASIL. Lei de 16 de dezembro de 1830. Manda executar o Código Criminal. *Coleção de Leis do Brasil, 1830*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 16 maio 2016.

⁵⁹ BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. (Revogada) *Diário Oficial da União*, 5 jan. 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 16 maio 2016.

⁶⁰ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Os contratos mercantis e o Código Civil. In: FRANÇA, Erasmio Valladão Azevedo e Novaes; VON ADAMEK, Marcelo Vieira (Orgs.). *Temas de direito empresarial e outros estudos em homenagem ao Professor Luiz Gastão Paes de Barros Leães*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 113.

⁶¹ *Ibidem*. p. 113.

⁶² BRASIL. Lei nº 556, de 25 de junho de 1850. Código Comercial. *CLB de 1850 T.11*, p. 57-238. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L0556-1850.htm>. Acesso em: 16 maio 2016.

indica elementos característicos destes contratos, como a necessidade de que sejam interpretados a partir dos usos e costumes comerciais do local de sua execução, sob pena de que seu entendimento seja incorreto (art. 130 e 131, §4º), além de prevalecer sobre a rigorosa e restrita significação das palavras a inteligência simples e adequada, baseada na boa-fé e no verdadeiro espírito e natureza do contrato (art.131, §1º).

De acordo com Fran Martins, as regras dos artigos 130 a 133 do Código Comercial tinha a “finalidade de fazer com que as vontades dos contratantes, quando expostas de maneira menos clara, pudessem ser melhormente apreendidas por parte daqueles que delas deveriam tomar conhecimento”⁶³.

Com a promulgação do Código Civil em 1916, as diferenças entre os contratos civis e comerciais ficaram mais evidentes. Além de não tratar dos contratos mercantis, o Código Civil estabeleceu regras distintas para os contratos que regulava. Paula Castello Miguel chama atenção para diferenças que ficaram perceptíveis:

A presunção de solidariedade nas obrigações comerciais, os meios de provas mais restritos nas obrigações civis, a restrição do objeto móvel para os contratos comerciais. Pequenas regras marcavam ainda mais as diferenças, como as regras para os vencimentos das obrigações. Para os contratos comerciais, não havendo prazo estabelecido para o cumprimento da obrigação, era necessária a notificação judicial do devedor para cumpri-la em dez dias. Havendo prazo estipulado, seria necessária a notificação para caracterizar a mora (arts. 137, 138 e 205 do CCo). Nos contratos civis, o cumprimento da obrigação poderia ser exigido imediatamente após a interpelação, notificação ou protesto (arts. 952 e 960 do CC/1916).⁶⁴

Acentuou-se, assim, a divisão dos contratos de direito privado entre contratos comerciais, nos quais ao menos uma das partes era comerciante, e civis, identificados por exclusão e podendo ser executados por qualquer pessoa capaz. Este regime de bipartição perdurou até 1991, com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor⁶⁵. Em linhas gerais, foi criado novo regime no direito privado dos contratos, aplicável à relação entre empresários e consumidores, destinatários finais dos produtos ou serviços.

⁶³ MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 67.

⁶⁴ MIGUEL, Paula Castello. *Contratos entre empresas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 63.

⁶⁵ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 16 maio 2016.

A clara situação tripartite perdurou até 2003, ano em que entrou em vigor o atual Código Civil⁶⁶. Foi intenção do legislador unificar os regimes civil e comercial de obrigações e contratos em um único diploma, que terminou por revogar toda a Parte Primeira do Código Comercial, que tratava do comércio em geral, restando apenas as disposições da Parte Segunda, relativas ao comércio marítimo.⁶⁷

À primeira vista, a situação parece o retorno ao sistema bipartido, agora entre a dinâmica estatuída pelo Código Civil de 2002 e aquela consumerista. Todavia, a suposta unificação não descaracterizou o contrato empresarial em sua especificidade. Como afirma Bertoldi, “mesmo com um único corpo legislativo, ainda assim podemos identificar, com precisão e proveito metodológico, os contratos civis do comerciais”⁶⁸. Ricardo Negrão, sobre este aspecto, afirma que a manutenção da autonomia do Direito empresarial é uma razão de cunho prático-jurídico.⁶⁹

Interessante observar que o Projeto de Lei do Senado nº 487, de 2013, que reforma o Código Comercial, ao contrário do que acontece com a já citada legislação, traz em sua normativa um conceito claro que se aplica aos contratos empresariais, o de “negócio jurídico empresarial”:

Art. 161. O negócio jurídico empresarial é a declaração, juridicamente qualificada, emitida por um empresário a outro empresário.
Parágrafo único. Também se considera empresarial o negócio jurídico referente a obrigações e contratos disciplinados neste Código e na legislação comercial, independentemente da classificação de suas partes como empresário.⁷⁰

A definição parte, portanto, dos sujeitos envolvidos no negócio, obrigatoriamente empresários. Em um segundo momento, possibilita-se que a caracterização se dê pela lei que regula o negócio jurídico: caso seja o próprio Código ou a legislação comercial, será ele empresarial, independentemente da classificação das partes. Vale ressaltar que, para o Código

⁶⁶ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, 11 nov. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 16 maio 2016.

⁶⁷ “Art. 2.045. Revogam-se a Lei no 3.071, de 1o de janeiro de 1916 - Código Civil e a Parte Primeira do Código Comercial, Lei no 556, de 25 de junho de 1850.” (*Ibidem*)

⁶⁸ BERTOLDI, Marcelo M. *Curso avançado de direito comercial*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 730.

⁶⁹ NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*. v. 2. Títulos de crédito e contratos empresariais. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 224.

⁷⁰ SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei do Senado nº 487, de 2013*. Reforma o Código Comercial. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115437>>. Acesso em: 16 maio 2016.

Civil de 2002, considera-se empresário a pessoa natural que explora profissionalmente uma empresa ou a sociedade que adota um dos tipos societários por ele referidos, quais sejam, sociedade limitada, anônima, em nome coletivo e em conta de participação (art. 56).⁷¹

Ressalte-se, ainda, que estão expressas nos artigos do projeto de Novo Código Comercial características essenciais dos contratos empresariais, como o caráter profissional com o qual são firmados (art. 168), a presunção de onerosidade (art. 176), e todos os princípios da autonomia da vontade, da plena vinculação dos contratantes ao contrato, proteção do contratante empresarialmente dependente nas relações contratuais assimétricas e o reconhecimento dos usos e costumes do comércio (art. 17).⁷²

Como se verá adiante, a doutrina comercialista reconhece as características diferenciadoras dos contratos empresariais, tendendo a dar-lhes disciplina própria em razão de suas especificidades.

1.2.2 Elementos característicos do contrato empresarial

1.2.2.1 São fruto da prática comercial

Uma das saídas para a conceituação dos contratos empresariais seria afirmar que são aqueles definidos pela legislação mercantil, típicos, portanto⁷³, a exemplo dos anteriormente regulados pelo Código Comercial, como a compra e venda mercantil e o penhor mercantil, ou mesmo por diplomas especiais, como no caso da representação comercial⁷⁴, do *leasing*⁷⁵ ou da franquia⁷⁶.

⁷¹ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, 11 nov. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 16 maio 2016.

⁷² SENADO FEDERAL, *op. cit.*.

⁷³ BARBI FILHO, Celso. Princípios para uma nova teoria geral dos contratos comerciais. In: SANTOS, Theophilo de Azeredo (Org.). *Novos estudos em direito comercial em homenagem a Celso Barbi Filho*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 21.

⁷⁴ BRASIL. Lei nº 4.886, de 9 de dezembro de 1965. Regula as atividades dos representantes comerciais autônomos. *Diário Oficial da União*, 10 dez. 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4886.htm>. Acesso em: 16 maio 2016.

⁷⁵ BRASIL. Lei nº 6.099, de 12 de dezembro de 1974. Dispõe sobre o tratamento tributário das operações de arrendamento mercantil e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 13 set. 1974. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6099.htm>. Acesso em: 16 maio 2016.

⁷⁶ BRASIL. Lei nº 8.955, de 15 de dezembro de 1994. Dispõe sobre o contrato de franquia empresarial (franchising) e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 16 dez. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18955.htm>. Acesso em: 16 maio 2016.

Há que se considerar, porém, que a prática tem grande importância para os contratos empresariais, que se conformam a partir das necessidades dos agentes de mercado, assumindo os usos e costumes grande relevo. Não vão os agentes em busca de fórmulas prontas para a conformação de seus negócios. Ao contrário, verificam a melhor forma de realizá-los, alocando os riscos da maneira mais apropriada, o que, com a reiteração, pode vir a ser positivado pelo Estado como forma típica de contratação. Neste ponto verifica-se com eloquência o cosmopolitismo dos contratos empresariais, cuja prática tende a ignorar fronteiras.

1.2.2.2 São constituidores do mercado

A empresa é um agente econômico, um ente ativo na economia que tem em sua atividade sua razão de ser.⁷⁷ A empresa, para existir, precisa do mercado e do que nele é capaz de realizar, sendo que os contratos são elementos que o constituem, “um emaranhado de relações contratuais, tecido pelos agentes econômicos”⁷⁸.

Apesar da centralidade do contrato, o foco dado costuma ser na pessoa do empresário e em sua capacidade de gerenciar os fatores de produção. Daí, por exemplo, a definição de empresário do art. 966 do Código Civil de 2002⁷⁹, influenciado pelo Código Italiano de 1942. A empresa seria, assim, um desdobramento desta perspectiva centrada no empresário, sem o devido destaque para as inteirações entre as empresas no mercado e com outros agentes. Todavia, “o mercado organizado [é que] dá força às transações”. Necessário se faz, portanto, dar o devido destaque ao perfil contratual do ente produtivo. Trata-se de uma visão mercadológica, que “considera a empresa na teia contratual em que se insere e que ajuda a construir”⁸⁰.

⁷⁷ FORGIONI, Paula A. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 23.

⁷⁸ FORGIONI, Paula A. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 25.

⁷⁹ “Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.” (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, 11 nov. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 16 maio 2016)

⁸⁰ FORGIONI, *op. cit.*, p. 29.

1.2.2.3 Ocorrem nas relações entre empresários

Como a empresa celebra contratos com diversas categorias de agentes econômicos, tais como o Estado, os consumidores, os trabalhadores, etc., a compreensão de cada perfil contratual passa pela classificação dos acordos conforme os sujeitos com os quais a empresa se relaciona, já que para diferentes grupos o tratamento jurídico deverá ser distinto.

Há quem considere que nos contratos comerciais há sempre, “pelo menos em um dos polos da relação, um comerciante, no exercício da sua profissão, praticando atos de comércio, com finalidade lucrativa”⁸¹. Assim, não haveria necessidade de os dois ou todos os polos da relação serem empresários. Bastaria um que, se atuasse no exercício da profissão e praticasse atos de comércio com finalidade de lucro, estaria caracterizado o contrato como comercial.

Todavia, existem diferenças entre os negócios praticados entre comerciantes e aqueles que estes praticam com os consumidores, uma vez que nestes apenas um dos lados se pauta pela lógica do lucro.⁸²

Partindo desta perspectiva, os contratos interempresariais, ou seja, celebrados tendo em ambos, ou todos os polos, empresas é que interessam, de fato, ao direito comercial, sendo verdadeiramente contratos empresariais. Por isso, afirma Paula Forgioni:

Ao assim proceder, identificamos os contratos empresariais com aqueles em que ambos (ou todos) os polos da relação têm sua atividade movida pela *busca do lucro*. É preciso reconhecer que este *fato* imprime viés totalmente peculiar aos negócios jurídicos entre empresários.⁸³

Esse elemento conceitual traz como consequência o fato de que os contratos entre empresas e consumidores não são contratos empresariais, assim como também não o são os contratos de trabalho, não integrando ambos, portanto, o direito comercial.⁸⁴

⁸¹ BARBI FILHO, Celso. Princípios para uma nova teoria geral dos contratos comerciais. In: SANTOS, Theophilo de Azeredo (Org.). *Novos estudos em direito comercial em homenagem a Celso Barbi Filho*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 22.

⁸² FORGIONI, Paula A. Teoria Geral dos Contratos Empresariais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 18.

⁸³ *Ibidem*. p. 29.

⁸⁴ Para Forgioni, o direito do consumidor é um ramo autônomo tanto em relação ao direito civil quanto em relação ao direito comercial. Assim, para não comprometer os fundamentos do direito comercial e o “bom fluxo das relações econômicas” não se deve aplicar o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990) aos contratos empresariais. Frise-se que, como destaca a autora, não aplicar o CDC não significa não proteger o empresário em posição de sujeição, mas sim protegê-lo de acordo com os princípios típicos do direito comercial, e não da lógica consumerista, como infração à ordem econômica, prejuízo à livre concorrência e abuso de direito. (*Ibidem*. p. 33 *et seq.*). Há quem entenda de forma distinta. Celso Barbi Filho, ainda que identifique que existe autonomia dos contratos de consumo e de trabalho, a diferença de Paula Forgioni, os considera como subcategorias de contratos empresariais por permanecerem dentro da esfera

Deve-se considerar que os contratos empresariais são celebrados entre agentes econômicos ativos e probos, sendo legítimo que estes presumam que a contraparte adotará comportamento conforme ao que normalmente se observa nos atores do mercado. Nas palavras de Forgioni:

A adoção do critério do homem ativo e probo pelo sistema facilita as contratações, pois autoriza a parte a supor que a outra cercar-se-á dos cuidados necessários e normalmente esperados antes, durante e após a celebração do negócio. Essa pressuposição diminui os custos a serem incorridos pelos agentes econômicos em suas transações.⁸⁵

Em seu Curso de Direito Comercial, Fábio Ulhôa Coelho é categórico ao afirmar que os contratos mercantis são aqueles em que as duas partes contratantes exercem atividade empresarial, sendo esse o “campo de interesse da tecnologia comercialista”⁸⁶. Para ele, toda vez que um empresário celebra um contrato com sujeito que não é empresário, sua regulamentação fica a cargo de outro ramo do direito⁸⁷. De acordo com o autor, a unificação operada pelo Código Civil em 2002 não foi capaz de borrar as distinções entre contratos civis

obrigacional do empresário, ainda que se diferenciem pelo forte dirigismo estatal que os tutela. O mesmo ocorre com o campo da proteção da ordem econômica. A visão é, portanto, subjetiva, focando exclusivamente na figura do empresário. Para ele, todavia, existiriam os contratos essencialmente empresariais, os celebrados entre empresas, que não se enquadrariam nessas subcategorias. (BARBI FILHO, Celso. Princípios para uma nova teoria geral dos contratos comerciais. In: SANTOS, Theophilo de Azeredo (Org.). *Novos estudos em direito comercial em homenagem a Celso Barbi Filho*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 22-23). Seguindo a mesma linha de Celso Barbi Filho, Alfredo de Assis Gonçalves Neto afirma que os contratos de consumo e de trabalho seriam empresariais: “há autores que procuram separar e excluir do âmbito do direito comercial contratos de consumo, para desenvolver sua teoria calcada nos contratos entre empresas. Particularmente, entendo que não é essa a solução, nem tem sido essa, aliás, a orientação majoritária. O Código de Defesa do Consumidor contém, evidentemente, normas de direito comercial, de direito processual, de direito administrativo, de direito penal, etc. Trata-se de microsistema que reúne disposições de várias áreas do Direito. O fato de regular os contratos de consumo não significa que os tenha retirado do âmbito do direito comercial, do mesmo modo que as normas de processo previstas não perderam sua natureza processual, e assim se dá com os demais ramos do Direito nele contidos. [...] Tem-se aqui algo semelhante ao que se passa com as relações de emprego, que conquanto normatizadas pelo direito do trabalho, não deixam de estar inseridas no direito comercial sob o viés funcional, que determina as medidas de vinculação, de representação e de responsabilidade do empresário pelos atos de seus prepostos, dentro e fora do estabelecimento de que se utiliza para realizar os fins da empresa.” (GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Os contratos mercantis e o Código Civil. In: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; VON ADAMEK, Marcelo Vieira (Orgs.). *Temas de direito empresarial e outros estudos em homenagem ao Professor Luiz Gastão Paes de Barros Leães*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 119)

⁸⁵ FORGIONI, Paula A. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 122.

⁸⁶ COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de Direito Comercial*. v. 3. Direito de empresa. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 15.

⁸⁷ A delimitação feita por Fábio Ulhôa, ainda que se assemelhe à realizada por Paula Forgioni, guarda uma diferença essencial: para Ulhôa os contratos comerciais podem, hoje, ser regidos tanto pelo regime cível quanto pelo de tutela dos consumidores. (*Ibidem*. p. 15)

e mercantis, afirmando que: “a unificação legislativa não importa na eliminação de diferentes disciplinas jurídicas”⁸⁸.

1.2.2.4 São pautados pelo lucro

A atividade empresarial deve ser entendida como a “organização produtiva do capital e do trabalho voltada para a circulação de bens e serviços, destinada ao lucro”⁸⁹.

O escopo de lucro, a “economicidade final dos comportamentos de todos os participantes”⁹⁰, seria a característica fundamental dos contratos empresariais, da qual decorreriam todas as outras. Todavia, não se trata do lucro a qualquer preço, uma vez que questões relacionadas à continuidade das relações interempresariais e à reputação da empresa perante o mercado são igualmente importantes.

Os contratos empresariais também são dotados de uma função econômica, identificada como a razão de ser do negócio jurídico empresarial, seu objetivo. Trata-se de uma perspectiva objetiva que se relaciona com a circulação de bens e serviços e não com o subjetivismo das partes: a necessidade econômica que buscam objetivamente satisfazer. Por isso, entende Paula Forgioni que o:

Traço diferenciador marcante dos contratos comerciais reside no escopo de *lucro bilateral*, que condiciona o comportamento das partes, sua ‘vontade comum’, e, portanto, a *função econômica* do negócio, imprimindo-lhe *dinâmica diversa e peculiar*. (grifos no original)⁹¹

Ruy Rosado parte da diferenciação proposta pelo Prof. Antônio Junqueira de Azevedo, segundo o qual existiriam duas categorias de contratos: os contratos existenciais e os de lucro. Os primeiros teriam como uma das partes, ou ambas, pessoa natural, que estaria buscando sua sobrevivência. Por não serem as pessoas naturais descartáveis, os juízes devem preocupar-se em atender suas necessidades e direitos fundamentais. Os de lucro, por outro lado, são aqueles contratos firmados entre empresas ou profissionais e, neste caso, se não forem competentes o bastante poderiam, sim, ser “descartados”, expulsos do mercado, sendo

⁸⁸ *Ibidem*. p. 28

⁸⁹ BARBI FILHO, Celso. Princípios para uma nova teoria geral dos contratos comerciais. In: SANTOS, Theophilo de Azeredo (Org.). *Novos estudos em direito comercial em homenagem a Celso Barbi Filho*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 30.

⁹⁰ FORGIONI, *op. cit.* p. 56.

⁹¹ FORGIONI, Paula A. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 46.

que o exercício dos juízes perturbaria o funcionamento deste. Por suas diferenças, as categorias justificariam tratamentos diversos.⁹²

Para o autor, existiria, porém, uma diferenciação entre os contratos empresariais e os de lucro, entendendo que os primeiros são aqueles firmados entre empresários no exercício da atividade empresária. Todavia, nem todos os contratos empresariais seriam de lucro, já que existiriam contratos empresariais sem propósito de obtenção de vantagem patrimonial. Cita como exemplo o acordo de acionistas, que, apesar de ser um contrato empresarial, em sua visão, pode não ser de lucro por tratar apenas de questões sobre a gestão de determinada empresa. Da mesma forma, poderia existir o caso de contrato celebrado entre empresários que não fosse empresarial, como na compra e venda de um imóvel.⁹³

Mesmo diante da possibilidade de empresas escolherem produzir algo internamente, seja bem ou serviço, os contratos empresariais são frutos da identificação de que é mais vantajoso contratar um terceiro. Trata-se da análise dos custos de transação, ou seja, da identificação do melhor formato disponível para atingir seus objetivos, da forma que traga mais vantagens que desvantagens, ponderando os custos envolvidos ao contratar terceiros.⁹⁴

1.2.2.5 São pautados na confiança, na segurança e na previsibilidade

A análise dos custos de transação também leva em consideração questões relacionadas à confiança entre as partes. Assim, “a disciplina dos contratos empresariais deve privilegiar a confiança, tutelar a legítima expectativa; quanto maior o grau de confiança existente no mercado, menores os custos de transação e mais azeitado o fluxo de relações econômicas”⁹⁵.

⁹² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Diálogos com a doutrina: entrevista com Antônio Junqueira de Azevedo. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 34, p. 304-305, abril/jun. 2008. *Apud* AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, vol. 45, jan/mar 2011, p. 91-110. Disponível em: <http://www.ruyrosado.com/upload/site_producao intelectual/141.pdf>. Acesso em: 16 maio 2016. p. 91-92.

⁹³ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, vol. 45, jan/mar 2011, p. 91-110. Disponível em: <http://www.ruyrosado.com/upload/site_producao intelectual/141.pdf>. Acesso em: 16 maio 2016. p. 105.

⁹⁴ Ressalte-se o posicionamento de Márcio Túlio Viana, que sobre a terceirização ensina: “foi o que ensaiamos há já bastante tempo, num primeiro esforço de classificação, chamando uma de “interna” e a outra de “externa”. Na primeira, a empresa traz trabalhadores alheios para dentro de si. Na segunda, joga para fora de si não só trabalhadores seus, como etapas de seu ciclo produtivo.” (VIANA, Márcio Túlio. O que é a terceirização? In: *Blog da Boitempo*, publicado em 1/04/2015. Disponível em: <<http://blogdaboitempo.com.br/2015/04/01/o-que-e-a-terceirizacao/>>. Acesso em: 26 maio 2016)

⁹⁵ FORGIONI, Paula A. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 95.

Intimamente ligadas à confiança estão a segurança e previsibilidade trazida pelos contratos empresariais. Ao estarem vinculados ao acordo e à ordem jurídica, as partes podem prever os passos a serem dados e, em nome da segurança oferecida pelo sistema, abrirem mão do individualismo e oportunismo, que gerariam resultados a curto prazo, preferindo a cooperação e a manutenção de relações a longo prazo⁹⁶, sendo essa, também, uma das principais características dos contratos empresariais: sua continuidade no tempo.

1.2.3. Visões do direito internacional: UNIDROIT

O caráter cosmopolita do Direito Empresarial se faz ainda mais perceptível em matéria de contratos. Não à toa a normativa transnacional em matéria de contratos é uma das mais desenvolvidas no âmbito do direito internacional privado. E, dentre os foros que tratam da disciplina, destaca-se o Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado, o UNIDROIT.

O UNIDROIT é uma organização intergovernamental independente com sede em Roma, Itália. Surgiu em 1926 como um órgão auxiliar da Liga das Nações.⁹⁷ Em 1940, com o fracasso da Liga, o UNIDROIT ressurgiu com base em um tratado multilateral, que na verdade é seu Estatuto, ao qual os Estados aderem para serem membros do Instituto. Hoje são 63 representantes dos 5 continentes, oferecendo ao instituto sua experiência advinda de diferentes contextos econômicos, políticos e culturais, além de suas particulares tradições jurídicas. De acordo com o art. 1º do referido Estatuto, o UNIDROIT tem como objetivo estudar as maneiras para harmonizar e coordenar o direito privado dos Estados ou grupos de Estados, e preparar, de forma gradual, a adoção por parte dos vários Estados de normas uniformes de direito privado.⁹⁸

O documento “Princípios Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais” se mostrou como um dos trabalhos mais relevantes elaborados pelo UNIDROIT, ficando

⁹⁶ Daí a importância de estar clara a impossibilidade de aplicação do CDC aos contratos interempresariais. Ao afirmar o direito comercial em detrimento da imprevisibilidade sobre a aplicação do CDC, a segurança é maior e, portanto, o sistema se mostra mais funcional.

⁹⁷ INSTITUTO Internacional para a Unificação do Direito Privado Internacional (UNIDROIT). Origem, organização e estatuto. *Gabinete de documentação e direito comparado Website*. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/cooperacao/materia-civil-comercial/unidroit.html>>. Acesso em: 16 maio 2016.

⁹⁸ INSTITUTO INTERNACIONAL PARA A UNIFICAÇÃO DO DIREITO PRIVADO INTERNACIONAL. *Estatuto Orgânico*, com a incorporação da emenda ao artigo 6, parágrafo 1, com entrada em vigor em 26 de março de 1993. Roma: Panisperna. Disponível em: <<http://www.unidroit.org/spanish/presentation/estatuto.pdf>>. Acesso em: 16 maio 2016.

conhecido como “Princípios UNIDROIT”. Sua primeira versão foi adotada em 1994, tendo passado por reformas em 2004 e 2010⁹⁹. Por se tratar da iniciativa mais relevante do ponto de vista global a lidar especificamente com contratos comerciais, e por ser o UNIDROIT um foro no qual se busca a harmonização por meio de aportes advindos dos mais variados sistemas jurídicos e contextos socioeconômicos e institucionais, sua análise se faz relevante no contexto deste trabalho.

Antes de prosseguir é necessário que se esclareça que os Princípios, compostos por regras gerais, não são instrumento aberto à ratificação pelos Estados, como ocorre com as convenções internacionais. Eles existem como fonte interpretativa do direito, podendo ser, também, adotados pelas partes como lei aplicável caso assim seja permitido pelo direito internacional privado que regule sua relação. Os Princípios objetivam unificar o direito contratual internacional por meio de sua influência, não por imposição. Além das regras gerais, são apresentados com comentários do grupo de trabalho encarregado de sua elaboração.¹⁰⁰ Os comentários explicam conceitos e trazem referências sobre como deve se dar a interpretação das regras.

O preâmbulo dos Princípios UNIDROIT, que estabelece seus propósitos, dispõe que estes ditam regras gerais para os contratos comerciais internacionais.¹⁰¹

De acordo com os comentários, a restrição aos contratos comerciais não teve a intenção de tomar partido na distinção existente em alguns sistemas jurídicos entre partes civis e comerciais nem fazer com que a aplicação dos princípios fosse limitada aos casos em que as partes tenham formalmente adquirido a condição de empresárias. O que se quis, na verdade, foi excluir da aplicação dos princípios as transações com consumidores. Trata-se de uma exclusão exemplificativa do conceito de contratos comerciais a nível mundial. Retirar os contratos com consumidores do âmbito de aplicação demonstra o reconhecimento da lógica dos contratos comerciais como sendo distinta da consumerista, com todas as suas regras especiais de proteção ao consumidor, a maioria de caráter obrigatório.

⁹⁹ Por ser a mais recente, a versão aqui analisada é a de 2010: INSTITUTO INTERNACIONAL PARA A UNIFICAÇÃO DO DIREITO PRIVADO INTERNACIONAL. *Princípios UNIDROIT Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais*. 2010. Trad. Lauro Gama Jr. Disponível em: <<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/translations/blackletter2010-portuguese.pdf>>. Acesso em: 16 maio 2016.

¹⁰⁰ Para acessar a versão com comentários, cf.: INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW. *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*. 2010. Disponível em: <<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>>. Acesso em: 16 maio 2016.

¹⁰¹ *Ibidem*.

Não há nos princípios um conceito de contrato comercial, decisão pensada e intencional. O objetivo foi o de que o termo “contratos comerciais” seja interpretado da forma mais ampla possível, abarcando não só contratos de compra e venda ou fornecimento de mercadorias, mas também outros tipos de transações comerciais, como investimentos, acordos de concessão e contratos para serviços profissionais, citando apenas os exemplos oferecidos pelos próprios comentários.¹⁰²

As Disposições Gerais dos Princípios UNIDROIT, dispostas em seu Artigo Primeiro, também auxiliam a verificar quais são as características fundamentais dos contratos comerciais. E o primeiro dos princípios é o da autonomia da vontade *lato sensu*, ou seja, as partes são livres tanto para contratar quanto para definir o conteúdo de seus contratos (art. 1.1). De acordo com os comentários, esta é a pedra angular para “uma ordem econômica internacional aberta, orientada pelo mercado e competitiva”¹⁰³.

Ressalte-se ainda que, de acordo com os Princípios, a regra é a liberdade de forma para os contratos comerciais (art. 1.2), os quais são dotados de força vinculante (art. 1.3). A boa-fé e as práticas comerciais leais devem ser parâmetro de conduta nos contratos comerciais (art. 1.7), o que, conforme os comentários, mostra-se como ideia fundamental dos princípios, devendo pautar a conduta das partes durante toda a vida do contrato, inclusive quando de sua negociação. Além disso, há a vinculação aos usos e costumes, sejam eles acordados entre as partes ou amplamente reconhecidos e regularmente observados pelos atores do ramo comercial envolvido, e às práticas estabelecidas entre as partes (1.9).¹⁰⁴

1.2.4 O contrato B2B: conceito adotado

Partindo de todas as características dos contratos empresariais, propõe-se a conceituação dos contratos *business-to-business* como sendo aqueles firmados entre os empresários, agentes econômicos probos e ativos, profissionais que buscam cumprir a função econômica da empresa – a circulação de bens e serviços – pautados pela lógica do lucro e que, como consequência, organizam o mercado. De forma em regra livre e geralmente de longo

¹⁰² *Ibidem.*

¹⁰³ INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW. *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*. 2010. Disponível em: <<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>>. Acesso em: 16 maio 2016.

¹⁰⁴ *Ibidem.*

prazo, podendo ser típicos ou não, têm como características principais a autonomia privada, tanto no que diz respeito à liberdade para contratar quanto na definição de seu conteúdo, e o fato de serem pautados pela boa-fé e pela necessidade de fomentar a confiança entre as partes, a segurança jurídica, a previsibilidade e a continuidade das relações empresariais. Sua interpretação deve levar em conta, além de todas as características apontadas, os usos e costumes do comércio, além da prática estabelecida entre as partes, sua natureza cosmopolita e o fato de serem fruto da alocação de custos e riscos entre as partes.

Excluem-se, assim, do conceito de contratos empresariais aqueles firmados com consumidores, trabalhadores ou com o Estado, assim como os contratos conexos à atividade empresarial, como os sociais, estatutos e acordos entre sócios em geral.

1.2.5 Algumas consequências práticas da adoção de conceito apropriado

Compreender o conceito de contratos empresariais significa entender que sua dinâmica e, como consequência, sua interpretação, são distintas daquelas existentes para os contratos civis em geral. Significa se certificar de que a unificação pretendida pelo legislador com o Código Civil de 2002 não negou a especificidade dos contratos empresariais. Afirma-se a convicção de que a aplicação da dinâmica consumerista às relações empresariais não é benéfica, já que seus pressupostos não condizem com os dos contratos empresariais e que, portanto, a proteção da parte que eventualmente seja vulnerável deverá condizer com os princípios típicos do Direito Comercial, por meio da proteção da ordem econômica, da livre concorrência e da vedação ao abuso de direito, por exemplo.

A afirmação deste conceito justifica e ajuda a compreender os motivos pelos quais aos contratos empresariais devem ser aplicadas normas específicas, que não fariam sentido na dinâmica meramente civil. Exemplo prático disso é a regra do art. 473, parágrafo único do Código Civil, segundo o qual, se, “[...] dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos”.¹⁰⁵

A correta interpretação dos contratos empresariais também depende da compreensão de seu real conceito, advindo de suas características peculiares e dos pressupostos de

¹⁰⁵ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, 11 nov. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 16 maio 2016.

funcionamento do sistema no qual se inserem, baseado no lucro e na continuidade do mercado. Neste sentido, ganham força as regras de interpretação existentes no Código Civil de 2002 relacionadas à necessidade de que a intenção das partes prevaleça sobre a literalidade da linguagem empregada no contrato (art. 112) e de que a interpretação deverá ser conforme a boa-fé e os usos e costumes (art. 113).¹⁰⁶

A melhor compreensão do conceito que se deve ter de contratos empresariais mostra-se essencial para que compreender a aplicação do princípio da autonomia da vontade nos contratos internacionais eletrônicos aqui estudados.

¹⁰⁶ *Ibidem.*

2 A DEFINIÇÃO DA LEI APLICÁVEL AOS CONTRATOS INTERNACIONAIS ELETRÔNICOS

Como definir a lei aplicável a um contrato internacional eletrônico B2B? Busca-se, nesse trabalho, responder a esta questão, levando-se em conta principalmente o sistema jurídico brasileiro.

Estabelecidos os pressupostos que delimitam o objeto da presente pesquisa, necessário demonstrar como a definição de lei aplicável é feita tradicionalmente. Só então, ao analisar as características do meio eletrônico, se compreenderá por que o método tradicional de Direito Internacional Privado para os casos que tenham relação com a Internet deve ser repensado. Ao final do capítulo são apresentadas algumas soluções possíveis para o problema imposto pela realidade do ciberespaço.

2.1 A definição da lei aplicável e o método tradicional localizador

O principal objeto do Direito Internacional Privado é a definição da lei aplicável aos casos pluriconectados.¹⁰⁷ Como bem explica De Boer, a escolha de tal normativa se faz por meio de um conjunto de normas e princípios que estabelecem se determinada questão jurídica está sujeita à decisão de acordo com as leis do foro ou de acordo com leis estrangeiras.¹⁰⁸ Definir a lei aplicável, portanto, não é decidir substantivamente o caso pluriconectado, mas sim indicar o sistema legal do qual será retirada a norma material que o fará.

¹⁰⁷ Além da determinação do direito aplicável, o conflito de jurisdições internacional e o reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras também fazem parte do estudo do Direito Internacional Privado. Trata-se da identificação de um verdadeiro tripé do DIPr, visão compartilhada neste trabalho. De forma prática, a todo o momento o contato entre indivíduos com origem ou residentes em dois ou mais países gera casos civis e comerciais pluriconectados, ou seja, casos em que, com a ocorrência de um litígio, o tribunal estatal acionado deverá confirmar sua competência para julgar a questão apresentada, definir qual será a lei aplicável, talvez requisitar auxílio aos juízes de outra jurisdição estatal, ou mesmo se ver como prestando este apoio, ou ainda ser requerido a reconhecer e executar uma sentença proferida em outro Estado. Em linhas gerais, estes seriam momentos nos quais o DIPr é chamado a intervir, buscando oferecer soluções para as mais diversas manifestações da internacionalidade de indivíduos, grupos, famílias e empresas. Há quem entenda, seguindo a linha de pensamento da escola francesa, que o objeto do Direito Internacional Privado seria mais amplo, abrangendo, também, a nacionalidade e os direitos dos estrangeiros, destacando-se no Brasil, Jacob Dolinger. Cf. DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: parte geral*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 20 *et seq.*.

¹⁰⁸ DE BOER, Th. M. *Facultative choice of law: the procedural status of choice-of-law rules and foreign law. Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. t. 257, 1996. The Hague Academy of International Law. Brill Online, 2016. p. 240 *et seq.*.

Esse entendimento termina por privilegiar apenas um dos métodos para a escolha da lei aplicável, qual seja, o assim chamado método conflitual tradicional, levado a cabo por meio das regras de conexão ou regras indiretas. Todavia, ao afirmar que a escolha da lei aplicável se dá por um conjunto de normas e princípios que indicam o sistema legal do qual se retirará a norma material para a solução do caso pluriconectado, De Boer também abre o caminho para a identificação das diversas técnicas que podem ser utilizadas para levar à cabo o principal objetivo do Direito Internacional Privado.

A regulamentação da vida social das pessoas implicadas na ordem internacional não se dá mais apenas pelas regras de conexão:

Hoje, as regras indiretas perderam sua exclusividade no DIPr. Há regras de caráter material, regras alternativas, especialmente na área de proteção ao consumidor e à infância, e regras que exigem do aplicador uma busca do direito mais adequado, como o princípio da proximidade.¹⁰⁹

Cada Estado estabelece as regras para que a definição da lei aplicável seja levada a cabo e, além da utilização de normas de conflito, de normas materiais ou mesmo da busca pela lei que tem mais proximidade com o caso, há, ainda, a possibilidade de que o Estado abra aos particulares a prerrogativa de escolher, por si sós, a lei que será aplicável à relação jurídica constituída. A convivência desses métodos na atualidade aponta para o chamado pluralismo pós-moderno de métodos, que se difere do tradicional, conforme será visto a seguir.

2.1.1 O método tradicional e a norma indireta

O método tradicional, ou clássico, consiste na definição da lei aplicável por meio da utilização da chamada norma indireta, também conhecida como norma de conexão ou, como entendem alguns, de conflito, o que levou a que este método fosse conhecido pela alcunha de método conflitual.¹¹⁰

Boggiano ensina que:

¹⁰⁹ ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira*. 6. ed. Porto Alegre: Revolução eBook, 2016. (Versão ePub, parte I, cap. 3).

¹¹⁰ Como já explicitado, neste trabalho será evitada qualquer referência a definições que remetam à ideia de que os sistemas normativos estariam em conflito. Tais conceitos levam à concepção errônea, que retira do Direito Internacional Privado seu caráter harmonizador e de aproximação entre os diversos atores da sociedade internacional.

A norma de conflito se caracteriza por dar a solução ao caso mediante a eleição indeterminada do direito material nacional ou de um Direito material estrangeiro. [...] O típico da norma de conflito está em sua eleição alternativa e indeterminada do direito aplicável, eventualmente estrangeiro. Por meio desta eleição se localiza o caso multinacional, indicando-se o Direito competente para solucioná-lo. Pode-se chamar este método, assim, “localizador”, “nacionalizador”, “indireto”, porque oferece indiretamente a solução material designando o Direito que decidirá substancialmente o caso. Também é possível chama-lo de “método de eleição”, seguindo uma tradição inglesa muito significativa (*choice of law*). Não se trata de decidir a aplicabilidade ou a inaplicabilidade do Direito material do juiz (*lex fori*), mas sim a aplicabilidade do Direito material do juiz ou a de um Direito material estrangeiro. A eleição pode determinar-se tanto mediante a aplicação da *lex fori* quanto mediante a aplicação de um Direito estrangeiro. *Lex fori* e Direito estrangeiro estão em pé de igualdade para a eleição indeterminada da norma de conflito e, neste sentido, esta eleição é *neutra*. Esta neutralidade da eleição indeterminada da norma de conflito foi considerada uma característica essencial do DIPr *stricto sensu*. Dita neutralidade se refere à falta de preferência pelo conteúdo dos direitos materiais que podem ser objeto da eleição. (tradução nossa)¹¹¹

Além da neutralidade, por meio da norma indireta se busca alcançar os seguintes objetivos: igualdade de tratamento entre as pessoas, harmonia das decisões acerca de uma mesma relação jurídica, previsibilidade de soluções e relações jurídicas universais.¹¹² Importante destacar que a neutralidade vem associada, com frequência, à ideia de regra de conexão objetiva, em contraste com a eleição da lei aplicável por força da autonomia da vontade.

Na prática, as normas indiretas atuam a partir da determinação do ponto de conexão que ligará uma hipótese de incidência, caracterizada por matéria de Direito, à ordem jurídica

¹¹¹ No original: “La norma de conflicto se caracteriza por dar la solución al caso mediante la elección indeterminada del derecho material nacional o de un Derecho material extranjero. (...) Lo típico de la norma de conflicto radica en su elección alternativa e indeterminada del derecho aplicable, eventualmente extranjero. Mediante dicha elección se localiza el caso multinacional, indicándose el Derecho competente para solucionarlo. Se puede llamar a este método, pues, “localizador”, “nacionalizador”, “indirecto”, porque brinda indirectamente la solución material designando el Derecho que decidirá sustancialmente el caso. También se lo puede llamar “método de elección”, siguiendo una tradición inglesa muy significativa (*choice of law*). No se trata de decidir la aplicabilidad o inaplicabilidad del Derecho material del juez (*lex fori*), sino la aplicabilidad del Derecho material del juez o la de un Derecho material extranjero. La elección puede determinarse tanto mediante la aplicación de la *lex fori* cuanto mediante la de un Derecho extranjero. *Lex fori* e Derecho extranjero están en pie de igualdad para la elección indeterminada de la norma de conflicto y, en ese sentido, tal elección es *neutral*. Esta neutralidad de la elección indeterminada de la norma de conflicto ha sido considerada una característica esencial del D.I.Pr *stricto sensu*. Dicha neutralidad se refiere a la falta de preferencia por el contenido de los derechos materiales que pueden ser objeto de la elección.” (BOGGIANO, Antonio. *Derecho Internacional Privado: Teoría General – Derecho Procesal Internacional – Derecho Civil Internacional*. T. I. 5. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006. p. 95)

¹¹² JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. In: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. The Hague Academy of International Law. Brill Online, v. 251, 2016. p. 44.

cuja norma material solucionará o caso. Assim, e considerando temas afeitos ao campo do Direito Civil, a norma de conexão determina qual ordenamento será obedecido para resolver questões de capacidade, relacionadas ao direito de família ou sucessões, contratos, obrigações ou direitos reais. E o fará indicando o ponto de conexão a ser levado em consideração para a definição da lei aplicável, podendo este ser a nacionalidade, o domicílio, o local de situação do bem, de assinatura do contrato ou de cumprimento da obrigação, ou mesmo o local onde ocorreu o ato causador de prejuízo.¹¹³

De acordo com o método tradicional, cada Estado define suas próprias regras de conexão, elegendo os pontos de conexão que lhe forem adequados para a indicação da lei aplicável. No Brasil, o diploma em que se encontram as normas indiretas é a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, mais precisamente nos artigos 7º a 11.¹¹⁴

Maristela Basso identifica três etapas fundamentais para a solução do aparente conflito de leis no espaço, ou seja, da possibilidade de aplicação de normas pertencentes a mais de um ordenamento a um mesmo caso pluriconectado, e, também, para a solução do problema de direito material subjacente, algo que, em verdade, não é função do Direito Internacional Privado.¹¹⁵ A primeira das etapas é a qualificação, o exame do problema que deu origem à controvérsia com vistas a determinar sua natureza jurídica; a segunda seria a busca da lei aplicável à solução do conflito de acordo com a natureza jurídica do problema subjacente; por fim, a própria solução do problema subjacente a partir da aplicação da norma material do país indicado pela norma indireta.

No Brasil, a LINDB define a aplicabilidade legislativa da forma a seguir.

2.1.2 A lei aplicável às relações contratuais segundo a LINDB

É importante que se destaque, nesse ponto, como a legislação brasileira tradicionalmente define qual será a lei aplicável a um contrato internacional.

¹¹³ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado (Parte Especial)* – Direito civil internacional. v. II. Contratos e obrigações no direito internacional privado. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 206.

¹¹⁴ BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. *Diário Oficial da União*, 9 set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 16 maio 2016.

¹¹⁵ BASSO, Maristela. *Curso de direito internacional privado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 170.

Para resolver determinado conflito contratual plurilocalizado, qualificando-se a questão como relativa ao direito das obrigações, o juiz nacional deverá recorrer à norma indireta expressa no art. 9º da LINDB, que determina que “para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem”¹¹⁶.

Tal norma utiliza como ponto de conexão o local onde as obrigações contratuais foram constituídas, ou seja, da assinatura do contrato, estabelecendo que a lei deste local deve ser aplicada. Cumpridas estas etapas, a resolução do caso se dará, por fim, com a aplicação das normas materiais da localidade indicada pela norma indireta.

A estrutura da norma citada, seguindo a análise proposta por Maristela Basso¹¹⁷, compreende o seguinte:

Hipótese de incidência: qualificação e regência das obrigações.

Ponto de conexão: local de constituição das obrigações.

Consequência jurídica: aplicação da lei do país no qual as obrigações foram constituídas.

Seguindo a leitura do art. 9º da LINDB, tem-se que, de acordo com o §1º, caso a obrigação deva ser cumprida no Brasil “e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato.”¹¹⁸ Ou seja, caso dependa de forma solene para ser cumprida no país, a forma aqui requerida deverá ser observada, respeitando-se, da mesma maneira, os requisitos considerados essenciais pela lei estrangeira de acordo com a regra geral *locus regit actum*.¹¹⁹

Há, ainda, regra específica para os contratos celebrados entre ausentes. Segundo o art. 9º, §2º, “a obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente”¹²⁰. Uma vez mais, o elemento de conexão utilizado pela norma é localizador, definindo que o local físico considerado como sendo o de celebração do contrato será aquele de residência do proponente.

¹¹⁶ BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. *Diário Oficial da União*, 9 set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 16 maio 2016.

¹¹⁷ BASSO, Maristela. *Curso de direito internacional privado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 171.

¹¹⁸ BRASIL *op. cit.*.

¹¹⁹ ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira*. 6. ed. Porto Alegre: Revolução eBook, 2016. (Versão ePub, parte V, cap. 19)

¹²⁰ BRASIL, *op. cit.*.

Como se verá adiante, todas estas escolhas feitas pelo legislador nacional são incompatíveis com as características e com a dinâmica do meio eletrônico.

2.1.3 Os problemas do método conflitual

As normas de conflito não são infalíveis na definição da lei aplicável. Nadia de Araujo identifica três ordens de problemas com relação à aplicação do método clássico, que ameaçam a promoção da segurança jurídica por meio do Direito Internacional Privado.¹²¹ Na primeira ordem está no fato de os Estados terem regras próprias de Direito Internacional Privado, o que significa a possibilidade de uma mesma relação jurídica ser resolvida de formas distintas a depender do Estado em que seja analisada. Na segunda e na terceira ordens estão consequências do fato de cada Estado possuir suas próprias normas indiretas: a possibilidade de que determinada decisão seja válida em um Estado, mas não o seja em outro – por violação da ordem pública, por exemplo – e a possibilidade de que as partes busquem beneficiar-se das diferenças existentes entre os sistemas estatais de Direito Internacional Privado em busca pela solução que lhes seja mais favorável, o chamado *fórum shopping*.

A neutralidade, apontada por Boggiano como sendo uma das características deste método e considerada a principal por alguns, termina por significar indiferença com relação ao resultado concreto, o que também é motivo de crítica.¹²² Ademais:

Atualmente o objetivo do DIPr não é mais apenas promover a segurança jurídica, com utilização matemática do método conflitual. Há consciência em diversos países de que é preciso adequar essa metodologia aos conceitos de proteção garantidos pelos direitos fundamentais. Esses direitos passaram a constar de novos diplomas internacionais – como parte da disciplina Direito Internacional dos Direitos Humanos –, que, ao serem incorporados, somaram-se aos das Constituições e ao chamado “bloco constitucional” dos Estados-partícipes. Esse conjunto de direitos, que reflete a existência de um patrimônio comum de valores jurídicos, passa a ter aplicação não só vertical, ou diretamente, mas também horizontal, influenciando na aplicação do DIPr, pois, em caso de colisão com a solução obtida através da aplicação da norma de conflito, prevalecerá sobre esta.¹²³

Em suma, ainda que as normas indiretas de Direito Internacional Privado consigam definir a lei aplicável aos casos pluriconectados, o método tradicional, que opera por meio

¹²¹ ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira*. 6. ed. Porto Alegre: Revolução eBook, 2016. (Versão ePub parte I, cap. 3)

¹²² *Ibidem*. (Versão ePub, parte I, cap. 3)

¹²³ *Ibidem*. (Versão ePub, parte I, cap. 3)

adoção de normas próprias por cada Estado, apresenta deficiências que precisam ser superadas.

Uma das formas de fazê-lo, eliminando por si só os três problemas apresentados por Nadia de Araujo – a possibilidade de um mesmo caso ser resolvido de formas distintas, a eventualidade de invalidar determinada decisão e o *fórum shopping* –, seria a adoção de tratados internacionais pelos Estados definindo normas indiretas comuns. Essa prática, que levada ao extremo, com a adoção de uma mesma regra de conexão por todos os Estados, concretizaria os anseios de Savigny, é defendida por Boggiano como uma obrigação imposta aos Estados por um direito natural imanente ao Direito Internacional Privado: a eleição justa do Direito nacional aplicável ao caso pluriconectado.¹²⁴

A título exemplificativo, destaca-se que a preocupação com a uniformização das normas indiretas para definição da lei aplicável é identificada entre Estados americanos, em especial da América do Sul, desde o Século XIX. O primeiro tratado internacional de Direito Internacional Privado que se tem notícia, o Tratado de Lima, foi celebrado em 1878 justamente com o objetivo de estabelecer regras uniformes em matéria de Direito Internacional Privado.¹²⁵ Apesar de ter sido assinado no âmbito de um congresso de juristas convocados pelo Governo Peruano e contado com a presença de representantes da Argentina, Chile, Cuba, Bolívia, Equador, Costa Rica, Guatemala, Honduras, Uruguai e Venezuela¹²⁶, foi ratificado apenas pela Costa Rica e pelo Peru.¹²⁷

Posteriormente, foram celebrados os chamados Tratados de Montevideu de 1889.¹²⁸ Frutos do Congresso Sul-americano de Direito Internacional Privado ocorrido em Montevideu, no Uruguai, em 1888, abrangeram, entre outros ramos, Direito Civil e Comercial. Por meio deles, Argentina, Bolívia, Colômbia, Paraguai, Peru e Uruguai passaram, a partir de sua adesão, a contar com as mesmas normas indiretas para a definição de questões relacionadas, por exemplo, à capacidade das pessoas naturais, domicílio, ausência, matrimônio, filiação, tutela, curatela, sucessão, bens móveis, contratos, atos de comércio,

¹²⁴ BOGGIANO, Antonio. *Derecho Internacional Privado: Teoría General – Derecho Procesal Internacional – Derecho Civil Internacional*. T. I. 5. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006. p. 97.

¹²⁵ ARROYO, Diego P. Fernández. *Personas físicas*. In. ARROYO, Diego P. Fernández (Coord.). *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*. Buenos Aires: Zavalia, 2003. p. 516.

¹²⁶ PARRA-ARANGUREN, Gonzalo. La primera etapa de los tratados sobre Derecho Internacional Privado en América (1826 - 1940). *Revista de la Facultad de Ciencias Políticas*, n. 98. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1996. p. 76.

¹²⁷ *Ibidem*. p. 79-80.

¹²⁸ TRATADOS de Montevideo de 1889. Disponível em: <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/45000-49999/49053/norma.htm>>. Acesso em: 16 maio 2016.

sociedades, contratos de seguro, transporte marítimo e letras de câmbio. Na sequência, Argentina, Paraguai e Uruguai estabeleceram entre si novas normas de conexão para estas mesmas matérias com a adoção dos Tratados de Montevideu de 1940.¹²⁹

O Brasil, que não houvera ratificado as iniciativas anteriores, colaborou ativamente nas Conferências Internacionais Americanas, em cuja sexta edição (1928), ocorrida em Havana, Cuba, foi aprovada a Convenção sobre Direito Internacional Privado e seu Código Anexo, conhecido como Código de Bustamante.¹³⁰ Ratificada por Bolívia, Brasil, Chile, Costa Rica, Cuba, Equador, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, Nicarágua, Panamá, Peru, República Dominicana, e Venezuela¹³¹, a convenção traz normas uniformes sobre capacidade das pessoas naturais, matrimônio, divórcio, filiação, adoção, bens móveis e imóveis, posse e propriedade, sucessões, obrigações e contratos, e comércio em geral, incluindo comerciantes e contratos mercantis.

O trabalho de unificação das normas indiretas em âmbito multilateral nas Américas segue até os dias de hoje. As Conferências Especializadas sobre Direito Internacional Privado (CIDIP), auspiciadas pela Organização dos Estados Americanos (OEA), unificam hoje estes esforços, tendo elaborado convenções inteiramente dedicadas à escolha de lei por meio de normas indiretas em matéria de letras de câmbio, notas promissórias e faturas¹³², cheques¹³³, adoção¹³⁴ e sociedades mercantis¹³⁵ e, ainda, uma convenção que estabelece normas gerais para a determinação da lei aplicável.¹³⁶

¹²⁹ TRATADOS de Montevideo de 1940. Disponível em: <<http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/200000-204999/200295/norma.htm>>. Acesso em: 16 maio 2016.

¹³⁰ CONVENÇÃO de Direito Internacional Privado. *Código de Bustamante*, de 20 de fevereiro de 1929, Havana, Cuba. Disponível em: <http://www.faccamp.br/apoio/LuciaSirleneCrivelaroFidelis/direitoInternacional/codigo_de_bustamente.pdf>. Acesso em: 16 maio 2016.

¹³¹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Informações gerais sobre o tratado A-31*. Departamento de Direito Internacional. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-31.html>>. Acesso em: 21 fev. 2016.

¹³² ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Interamericana sobre Conflitos de Leis em Matéria de Letras de Câmbio, Notas Promissórias e Faturas*. Adotada na CIDIP-I em 30 de janeiro de 1975, ratificada por Argentina, Chile, Costa Rica, Equador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Uruguai e Venezuela. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/CIDIPI_doc_letrascambiopagarefacturas.htm>. Acesso em: 21 fev. 2016.

¹³³ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Interamericana sobre Conflitos de Leis em Matéria de Cheques*. Adotada na CIDIP-II em 8 de maio de 1979, ratificada por Brasil, Chile, Equador, Guatemala, Paraguai, Peru, Uruguai e Venezuela. Disponível em: <<http://www.oas.org/dil/esp/CIDIP-II-conflictocheques.htm>>. Acesso em: 21 fev. 2016.

¹³⁴ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Interamericana sobre Conflito de Leis em Matéria de Adoção de Menores*. Adotada na CIDIP-III em 24 de maio de 1985, ratificada por Belize, Brasil, Chile, Colômbia, Honduras, México, Panamá, República Dominicana e Uruguai. Disponível em: <<http://www.oas.org/dil/esp/CIDIP-III-adopcionmenores.htm>>. Acesso em: 21 fev. 2016.

Há que se considerar, porém, que a unificação do Direito Internacional Privado faz parte de um movimento maior de uniformização do Direito, que também é levado a cabo por meio de sua harmonização, através de métodos distintos com uma mesma preocupação: o resultado material.

A unificação internacional do Direito, como visto, é concebida como o processo por meio do qual se estabelecem normas únicas para serem aplicadas pelos diferentes Estados, de forma que a mesma solução para determinada relação seja encontrada, não importando onde ela seja buscada. Trata-se de um *top-down approach*, ou seja, de um movimento que começa de cima, com um instrumento único, de elaboração convencional ou em trabalhos que resultem em um tratado, que definirá as regras para os vários países.

A harmonização, por sua vez, ocorre por meio de instrumentos não vinculantes, de *soft law*. Esse método tem como objetivo diminuir as diferenças entre as leis dos diferentes ordenamentos a um mínimo, estabelecendo a harmonia entre elas. Trata-se de um *bottom-up approach*, em que entram em jogo diversos instrumentos que oferecem modelos que podem ser voluntariamente seguidos pelos Estados no processo legislativo interno, seja para criar novas leis, seja para reformar as existentes. Ademais, os instrumentos de harmonização também são fontes interpretativas do Direito.

O melhor exemplo de um instrumento de harmonização são as chamadas leis modelo. Trata-se de um conjunto de proposições normativas elaboradas para que os legisladores possam avaliar e adotar como parte de sua própria lei doméstica. Sendo assim, uma vez adotadas pelas organizações internacionais, não adquirem efeito vinculante imediato para seus Estados-membros: dependem da decisão dos legislativos internos.

As leis modelo são, em realidade, recomendações. Como tal, podem ser adotadas apenas em parte ou mesmo adaptadas à realidade em que serão incorporadas. Esta flexibilidade, somada ao apoio oferecido pelas organizações internacionais quando se decide adotá-las, faz com que sejam bastante atrativas. Todavia, a mesma flexibilidade acaba por fazer com que a harmonização seja, em determinados casos, prejudicada.

¹³⁵ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Interamericana sobre Conflito de Leis em Matéria de Sociedades Mercantis*. Adotada na CIDIP-II em 8 de maio de 1979, ratificada por Argentina, Brasil, Guatemala, México, Paraguai, Peru, Uruguai e Venezuela. Disponível em: <<http://www.oas.org/dil/esp/CIDIP-II-sociedadescomerciales.htm>>. Acesso em: 21 fev. 2016.

¹³⁶ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Interamericana sobre Normas Gerais de Direito Internacional Privado*. Adotada na CIDIP-II em 8 de maio de 1979, ratificada por Argentina, Brasil, Colômbia, Equador, Guatemala, México, Paraguai, Peru, Uruguai e Venezuela. Disponível em: <<http://www.oas.org/dil/esp/CIDIP-II-normasgenerales.htm>>. Acesso em: 21 fev. 2016.

De acordo com Katharina Boele-Woelki, os instrumentos de uniformização não deveriam ser considerados como integrantes do Direito Internacional Privado, mas sim do Direito Privado Internacional¹³⁷. Ainda assim, os movimentos de uniformização surgem justamente para resolver um problema que é, em si, originário do Direito Internacional Privado, qual seja, o de definir qual norma se aplicará a um caso transnacional, pluriconectado. Sua adoção acaba por significar um distanciamento do método conflitual clássico: mais que a indicação de qual sistema normativo irá resolver materialmente determinada questão jurídica, há, de fato, a resolução do caso por normas materiais aceitas pelos Estados, seja por meio da unificação ou pela harmonização.

Este movimento é justamente o que Maristela Basso identificou como sendo parte do “Novo DIPr”¹³⁸. Nadia de Araujo, seguindo a linha de raciocínio de Boele-Woelki, afirma que, para o Direito Internacional Privado, a UNCITRAL e o UNIDROIT, organizações que se dedicam à uniformização, “têm um papel de caráter tangencial, já que seus objetivos são a criação de normas uniformes de direito privado”¹³⁹.

Destaca-se, desde já, que os métodos de harmonização e unificação configuram justamente uma das vias possíveis para que se possa resolver as questões levantadas pelas características intrínsecas da Internet, as quais se passa a analisar.

2.2 O problema: as características do meio eletrônico

Contratar por meio das ferramentas proporcionadas pela Internet não é o mesmo que sentar em uma mesa de negociações para firmar um contrato. Cabe, neste ponto, a advertência feita por Diogo Leite de Campos:

Numa primeira impressão, o jurista teria a tendência para responder que a “Internet” nada mais é do que uma nova técnica dos contratos a distância; que as sociedades e as pessoas singulares continuarão a ter suas sedes e suas residências; que as mercadorias continuarão a circular pelos meios de transporte já existentes; que o Direito tem instrumentos de resposta a todos esses problemas.

¹³⁷ BOELE-WOELKI, Katharina. Unifying and Harmonizing Substantive and the Role of Conflict of Laws. In: *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*. Tomo 340 (271-461), 2009. p. 297.

¹³⁸ BASSO, Maristela. *Curso de direito internacional privado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 20 *et seq.*

¹³⁹ ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira*. 6. ed. Porto Alegre: Revolução eBook, 2016. (Versão ePub, parte I, cap. 4)

Numa análise mais aprofundada, a resposta do jurista já terá de ser mais cautelosa.¹⁴⁰

Como se verá, as características técnicas da Internet e suas consequências práticas trazem desafios para o Direito por representarem uma quebra com determinados paradigmas estabelecidos em uma tradição que desconhecia as possibilidades trazidas pela rede. No campo do Direito Internacional Privado não é diferente.

2.2.1 Internacionalidade

Uma das características da Internet que mais evidencia a relevância de seu estudo sob a ótica do Direito Internacional Privado é a sua natureza eminentemente internacional.

Como visto, a Internet é um gigantesco conjunto de redes de computadores interligadas entre si capazes de comunicar dados para virtualmente toda e qualquer máquina que a ela esteja conectada, não importando em que país do globo. Conforme recorda Daniel Freire e Almeida:

[...] a expansão e desenvolvimento das novas tecnologias da informação aumentaram, significativamente, as possibilidades de contactos internacionais. A rapidez, bem como o custo reduzido (em comparação com as formas tradicionais de comunicação) da maneira diferente da interação *online*, colocam as pessoas cada vez mais próximas umas das outras.¹⁴¹

Nunca foi tão fácil transpor fronteiras, obter informações com relação a outros países, muitas vezes em tempo real, e se comunicar com pessoas do mundo inteiro por meio de protocolos de trocas de dados comuns e abertamente compartilhados. Essa facilidade gerou uma rede global, tal como idealizada por seus criadores.¹⁴²

2.2.2 A deslocalização

Ainda que a internacionalidade da Internet seja a característica que evidencia a relevância de seu estudo no Direito Internacional Privado, a deslocalização das comunicações

¹⁴⁰ CAMPOS, Diogo Leite de. A Internet e o Princípio da Territorialidade dos Impostos. *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 58, v. III. Lisboa, 1998. p. 640.

¹⁴¹ ALMEIDA, Daniel Freire e. *Um tribunal internacional para a internet*. São Paulo: Almedina, 2015. p. 99.

¹⁴² ZITTRAIN, Jonathan. Be careful what you ask for: reconciling a Global Internet and Local Law. *Harvard Law School Public Law*. Research Paper n. 60. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract_id=395300>. Acesso em: 23 maio 2016.

em meio eletrônico levanta a necessidade de respostas por parte do Direito Internacional Privado de maneira especial:

No mundo baseado no papel, pontos de conexão, como o local de domicílio, o local do estabelecimento e local de execução, são usados para determinar a jurisdição e escolha de lei. Quando os contratos são concluídos e executados por meios eletrônicos, esses fatores se tornam vagos. (tradução nossa)¹⁴³

A explicação para tanto vem de questões técnicas, que envolvem toda e qualquer transmissão de dados e mensagens por meio da Internet. Todas elas se fazem por *bits*¹⁴⁴, as menores unidades de informação computadorizada. Os códigos binários não têm o território dos Estados como referência e as comunicações realizadas por meio deles não podem ser, *a priori*, localizadas.¹⁴⁵

De fato, como a Internet foi pensada para ser totalmente descentralizada, meio a partir do qual (e no qual) as informações trafegam em forma de pacotes, sem que o caminho feito para que se vá de um nó a outro da rede seja relevante, é inclusive difícil que se controle a identidade e o número de países pelos quais essa informação transita.¹⁴⁶ Ao mesmo tempo, as informações disponíveis na rede podem ser acessadas de forma ampla, desde que não criptografadas ou protegidas de alguma forma.

¹⁴³ No original: “In the paper-based world, connecting factors, such as the place of domicile, the place of business and the place of performance, are used to determine jurisdiction and choice of law. When contracts are concluded and performed by electronic means, those factors become vague.” (WANG, Faye Fangfei. *Internet jurisdiction and choice of law*. Legal practices in the EU, US and China. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 6)

¹⁴⁴ *Bit* é a sigla para o termo em inglês *Binary Digit*. As informações em meio eletrônico são enviadas em códigos os quais podem ser lidos por computadores, os quais se baseiam em dígitos com base 2, ou seja, 1 (um) ou 0 (zero), os códigos binários. No original: “A single digit number in base-2, in other words, either a 1 or a zero. The smallest unit of computerized data. Bandwidth is usually measured in bits-per-second.” (BIT. *GLOSSARY of Internet Terms*. Disponível em: <<http://www.matisse.net/files/glossary.html#B>>. Acesso em: 16 maio 2016)

¹⁴⁵ Diz-se que não podem ser *a priori* localizadas por não ser esta a realidade em alguns Estados. A territorialidade e o controle da Internet dentro das fronteiras acontece em Estados como China, Singapura e Arábia Saudita. Na República Popular da China o controle é feito por meio da própria estrutura física da rede que liga os computadores entre si. A lei chinesa prescreve que toda e qualquer conexão à rede mundial de computadores deve acontecer necessariamente por meio de pontos de acesso diretamente administrados pelo governo chinês: o indivíduo se conecta a um provedor de conteúdo, o qual deve ser conectar a um provedor de acesso, o qual detém as linhas físicas de transmissão de dados e se conecta, diretamente ao ponto de acesso governamental. Ocorre que, mesmo que esta seja a regra na China, não o é na imensa maioria dos Estados, o que nos leva à conclusão de que, na realidade, a regra é a ausência de controles fronteiriços. (SVANTESSON, Dan Jerker B. The characteristics making Internet communication challenge traditional models of regulation - What every international jurist should know about the Internet. *International Journal of Law and Information Technology*, v. 13, Issue 1, p. 39-69, 2005. Disponível em: <http://epublications.bond.edu.au/era_hca/98/>. Acesso em: 16 maio 2016. p. 39 *et seq.*)

¹⁴⁶ SEFFAR, Karim; BENYKHELF, Karim. Commerce Électronique et Normativités Alternatives. *University of Ottawa Law & Technology Journal*, v. 3, n. 2, p. 353-384, 2006. p. 360.

David R. Johnson e David Post explicam que:

A Rede possibilita transações entre pessoas que não sabem, ou em muitos casos não têm como saber, a localização física um do outro. A localização continua vitalmente importante, mas apenas a localização dentro de um espaço virtual que consiste no “endereço” das máquinas entre as quais as mensagens e informações são encaminhadas. O sistema é indiferente à localização física dessas máquinas, e não há qualquer conexão necessária entre um endereço na Internet e uma jurisdição física. (tradução nossa)¹⁴⁷

Um argumento contrário possível seria o de que, considerando que os computadores e servidores que transmitem ou armazenam informações são fisicamente localizados, descobrir o local da fonte de informação seria perfeitamente possível. Todavia, existem técnicas capazes de dificultar algo que pareceria simples. Exemplo disso é a utilização dos chamados *mirrors*. Esta técnica de espelhamento, numa tradução literal do inglês, consiste na duplicação exata do material originado em outra localização e sua disponibilização na rede.¹⁴⁸ Assim, com a existência de diversos *mirrors*, pode ser praticamente impossível encontrar a localização exata da fonte original da informação.

Outra forma de localização que poderia ser tentada com o objetivo de determinar o local do contrato é aquela feita por meio do Número IP¹⁴⁹ de cada computador. Em tese, como cada computador conectado à Internet tem a ele atribuído um número único de identificação, seria possível que aquele que recebe determinada informação identificasse de qual computador haveria saído a mensagem. Todavia, saber o IP de uma determinada máquina não é uma tarefa simples. Isso porque a atribuição dos números IP hoje em dia é feita por meio do *Dynamic Host Configuration Protocol* (DHCP).

Trata-se de um protocolo que automatiza o processo de configuração tanto de novos dispositivos quanto de dispositivos já existentes em redes TCP/IP.¹⁵⁰ Como seu nome sugere, a atribuição de números IP por este protocolo é feita de forma dinâmica. Na prática, isso

¹⁴⁷ No original: “The Net enables transactions between people who do not know, and in many cases cannot know, each other's physical location. Location remains vitally important, but only location within a virtual space consisting of the “addresses” of the machines between which messages and information are routed. The system is indifferent to the physical location of those machines, and there is no necessary connection between an Internet address and a physical jurisdiction.” (JOHNSON, David R.; Post, DAVID. *Law and Borders: The Rise of Law in Cyberspace*. *Stanford Law Review*, v. 48, n. 5, p. 1367-1402, May, 1996. p. 1371)

¹⁴⁸ SERVER Mirroring. Disponível em: <<https://www.techopedia.com/definition/1156/server-mirroring>>. Acesso em: 23 maio 2016.

¹⁴⁹ *IP Number*, abreviação de *Internet Protocol Number*. Trata-se de uma numeração única formada por quatro partes e separada por pontos atribuída a cada computador que esteja conectado à Internet. (IP Number. *GLOSSARY of Internet Terms*. Disponível em: <<http://www.matisse.net/files/glossary.html#I>>. Acesso em: 16 maio 2016)

¹⁵⁰ DROMS, Ralph; LEMON, Ted. *The DHCP Handbook*. 2. ed. Indianapolis: Sams Publishing, 2003. p. 3.

significa que uma máquina não terá sempre o mesmo endereço identificador: a cada vez que se conectar na Internet lhe será atribuído um novo número pelo provedor de Internet. Ou seja, para saber qual máquina enviou determinada mensagem não bastará saber o número IP, sendo necessário conhecer exatamente o dia e horário em que a mensagem foi enviada para que seja possível localizar, por meio de informações armazenadas pelo respectivo provedor de Internet, a qual máquina aquele número era atribuído naquele momento. A identificação da localização da máquina que tinha determinado número IP só se faz possível por ser a distribuição dos números IP no mundo feita de forma regionalizada e organizada¹⁵¹, permitindo georreferenciamento.

Todavia, ainda que seja tecnicamente possível descobrir a localização física de uma máquina, é extremamente fácil burlar todo esse sistema, permanecendo anônimo, aparentando ter o número IP de outra região ou país. Basta esconder o verdadeiro IP. A utilização de uma *Virtual Private Network* (VPN) é uma das soluções possível. Na prática, esta tecnologia conecta o usuário a uma rede privada que passará a designar o número IP à máquina no lugar do provedor de Internet.¹⁵²

Com a utilização de servidores *Proxy*¹⁵³ também é possível driblar esta identificação. Esses servidores são intermediários entre o usuário e todo o restante da Internet. Assim, o número IP que estará visível a todo o restante da Internet não será o IP real do usuário, mas sim o IP do servidor *Proxy*.¹⁵⁴

Os usos são os mais variados. Pode-se pensar, por exemplo, no caso de sites que liberam determinado conteúdo apenas para os computadores cujos números IP estejam nele cadastrados ou mesmo de computadores localizados em determinado país. Caso o usuário, utilizando computador não cadastrado ou fora dos limites estabelecidos, tenha acesso a um

¹⁵¹ A distribuição é feita pela *Internet Assigned Numbers Authority* (IANA), um departamento da *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN), entidade sem fins lucrativos responsável, dentre outras atividades, pela alocação de espaços e endereços na Internet. Hoje são 5 as regiões (África; Ásia/Pacífico; Canadá, Estados Unidos e algumas ilhas caribenhas; América Latina e algumas ilhas caribenhas; e Europa, Oriente Médio e Ásia Central), cada uma delas controlada por agências regionais responsáveis pela designação e administração dos recursos de numeração da Internet. Para mais informações, cf. NUMBER Resources. *Iana Website*. Disponível em: <<https://www.iana.org/numbers>>. Acesso em: 20 maio 2016.

¹⁵² HOW to hide your IP Adress. *IP Location Website*. Disponível em: <<https://www.iplocation.net/hide-ip-address>>. Acesso em: 20 maio 2016.

¹⁵³ Um servidor *Proxy* fica entre um cliente, ou seja, o usuário, e o servidor “real” que um cliente está tentando usar. Assim, os clientes fazem suas solicitações por meio do servidor proxy, que então faz a solicitações do servidor “real”, passando, depois, o resultado para o cliente. (PROXY. *GLOSSARY of Internet Terms*. Disponível em: <<http://www.matisse.net/files/glossary.html#P>>. Acesso em: 16 maio 2016)

¹⁵⁴ WHAT is a Proxy Server and How it Works. *Go Hacking Website*. Disponível em: <<http://www.gohacking.com/what-is-proxy-server-and-how-it-works/>>. Acesso em: 20 maio 2016.

servidor *Proxy* capaz de acessar o site provedor de informações, este poderia, instantaneamente, repassar as informações para aquele, contornando, assim, a barreira pré-estabelecida¹⁵⁵.

Ugo Draetta, ao analisar esta característica técnica da Internet, levanta estes e outros importantes aspectos:

a) não se conhece e nem mesmo é possível predeterminar os percursos seguidos pelas informações que circulam pela rede; b) a localização de quem se conecta à internet não é conhecida, uma vez que se pode conectar à internet de não importa que lugar; c) mesmo a localização do site ao qual o usuário se conecta não é conhecida uma vez que este pode ter *mirrors* ou sites com nomes criptografados; d) a navegação na rede se faz de forma intrinsecamente anônima; e) o número de destinatários das mensagens transmitidas via internet é praticamente infinito, visto o baixo custo de acesso à internet. (tradução nossa)¹⁵⁶

E completa:

O destinatário de uma informação transmitida pela internet é potencialmente qualquer um que tenha um computador, por meio de um *modem* (aparelho que transforma os impulsos que viajam pela rede telefônica em impulsos digitais), à uma linha telefônica. Em outros termos, uma vez que uma mensagem determinada (como por exemplo uma oferta de venda) foi enviada pela rede, não é possível conceber, no plano técnico, uma limitação de destinatários em uma base territorial. (tradução nossa)¹⁵⁷

O segundo aspecto apresentado pelo autor talvez seja o que de forma mais patente caracteriza a deslocalização da Internet e quais outras preocupações pode levar ao jurista que se interesse por analisar os contratos eletrônicos: “a localização de quem se conecta à Internet não é conhecida, uma vez que se pode conectar à Internet de não importa que lugar”. Tomando como exemplo o uso de correios eletrônicos, que podem ser utilizados como meio

¹⁵⁵ A título exemplificativo, esta técnica pode ser utilizada para permitir o acesso remoto de alunos universitários a bases de dados externas nas quais as universidades são cadastradas.

¹⁵⁶ No original: “a) on ne connaît pas et on ne peut pas prédéterminer les parcours suivis par les informations qui circulent sur le réseau, b) la localisation de celui qui se relie à internet n’est pas connue, car on peut se brancher sur internet à partir de n’importe quel endroit ; c) même la localité du site sur lequel l’opérateur se branche n’est pas connue, car il peut y avoir des mirrors ou des sites avec un nom crypté ; d) la navigation sur réseau se fait de manière intrinsèquement anonyme; e) le nombre de destinataires des messages transmis via internet est pratiquement infini, vu le coût dérisoire de l’accès à internet.”. (DRAETTA, Ugo. Internet et commerce électronique en Droit International des Affaires. *Recueil des cours*, 314, p. 9-232, 2005. p. 46)

¹⁵⁷ No original: “Le destinataire d’une information transmise par internet est potentiellement celui qui a un computer relié, au moyen d’un modem (appareil qui transforme les impulsions qui voyagent sur le réseau téléphonique en impulsions digitales), à une ligne téléphonique. En d’autres termes, une fois qu’un message déterminé (par exemple une offre de vente) a été envoyé sur le réseau, on ne peut concevoir, sur le plan technique, une limitation de destinataires sur une base territoriale.” (*Ibidem*. p. 46)

para exprimir a vontade entre as partes em um negócio jurídico, ver-se-á que, ainda que as partes tenham seus endereços eletrônicos, os quais as identificam, não existe qualquer correspondência entre este endereço e a localização de fato daquelas, que poderão enviar mensagens e acessar as que receberem de qualquer lugar onde tenham acesso à rede.

Ocorre que, como observa Svantesson, inexistem na Internet identificadores geográficos confiáveis.¹⁵⁸ Ainda que uma URL¹⁵⁹ ou um endereço de e-mail levem indicativos geográficos, tais como o “.br” ao final para o Brasil, não existe qualquer segurança de que eles sejam, realmente, de pessoas naturais ou jurídicas dos países de onde parecem ser. Exemplo disso é o fato de que nem sempre os sites ou e-mails sem indicativos geográficos, tais como “.com” ou “.org” apenas, são dos Estados Unidos, apesar de serem comumente tidos como tal. Outro interessante exemplo é o “.tk”, indicativo geográfico da pequena ilha de Toquelau, um território sob a administração da Nova Zelândia. Por ter uma política de registros de domínio de forma gratuita, hoje são mais de 31 milhões de registros sob o domínio “.tk”, um número impressionante para uma região com pouco mais de 1.400 habitantes e que faz dela o indicativo geográfico com mais registros no planeta.¹⁶⁰

De acordo com Draetta, todas as normas que têm um “lugar” como referência acabam por não serem apropriadas à natureza deslocalizada da Internet.¹⁶¹ Daí a dificuldade em se legislar a respeito de direito eletrônico, bem como a inadequação das regras de conflito tradicionais.

De fato, normas que têm como referência um lugar geográfico específico terminam por ter sua aplicação dificultada nos casos em que a Internet seja base para as relações jurídicas. É o que ocorre com aqueles que estabelecem como elemento de conexão o local da prática do ato ilícito, de residência, do principal estabelecimento do negócio, ou ainda, as que levam em consideração o local de execução da obrigação, ou mesmo o lugar de conclusão do

¹⁵⁸ SVANTESSON, Dan Jerker B. The characteristics making Internet communication challenge traditional models of regulation - What every international jurist should know about the Internet. *International Journal of Law and Information Technology*, v. 13, Issue 1, p. 39-69, 2005. Disponível em: <http://epublications.bond.edu.au/era_hca/98/>. Acesso em: 16 maio 2016. p. 54.

¹⁵⁹ Abreviação do inglês *Uniform Resource Locator*. Trata-se exatamente do endereço de recurso disponível na Internet. (UNIFORM Resource Locator. *GLOSSARY of Internet Terms*. Disponível em: <<http://www.matisse.net/files/glossary.html#U>>. Acesso em: 16 maio 2016)

¹⁶⁰ MAPPING the online world. *Nominet Website*. Disponível em: <<http://www.nominet.uk/mapping-the-online-world/>>. Acesso em: 23 maio 2016. Na página é possível ver um mapa de como seria a Terra se os territórios dos países fossem definidos de acordo com o número de domínios registrados com os respectivos indicadores geográficos.

¹⁶¹ DRAETTA, Ugo. *Internet et commerce électronique en Droit International des Affaires*. Recueil des cours, 314, p. 9-232, 2005. p. 58.

contrato – a exemplo do art. 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).¹⁶²

A determinação do lugar nas relações travadas em ambientes de Internet (“globais” por natureza), como bem aponta Lorenzetti¹⁶³, é uma questão de atribuição de efeitos jurídicos. Dessa forma, o que interessa é que existam maneiras seguras de imputar efeitos jurídicos às relações havidas em meio eletrônico. O autor faz essa reflexão em contraponto às teorias¹⁶⁴ que defendem não haver problemas relacionados ao lugar pelo fato mesmo de que não existiria um espaço virtual, mas sim um reflexo do mundo real na rede. Para o professor argentino, sobre o requisito de atribuir efeitos jurídicos ao contrato, não importa, porém, determinar “se alguém vive nesse lugar, ou se esteve no mesmo para a celebração ou cumprimento. Na ‘web’ há e haverá maneiras de atender a esse requisito”¹⁶⁵.

2.2.3 Ubiquidade

Ao mesmo tempo em que a Internet não está em lugar algum, ela está em todos os lugares. A crescente internacionalização das relações por meio dela se dá de forma a possibilitar, inclusive, a afirmação de que ela seria a base de uma sociedade da ubiquidade.¹⁶⁶ Tal característica também entra em conflito com as regras localizadoras típicas do Direito Internacional Privado.

De acordo com Dário Moura Vicente:

A ubiquidade das redes de comunicação eletrônicas tem como consequência que os fatores de conexão dos quais depende a determinação da lei aplicável e do tribunal competente que pressupõem a referência a um local (como, por exemplo, o da comissão de um delito, o da celebração ou da execução de um contrato e o da publicitação de certos bens ou serviços) podem ter-se por concretizados, no que respeita a actos através delas praticados num vasto

¹⁶² “Art. 9º Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem”. (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. *Diário Oficial da União*, 9 set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 16 maio 2016)

¹⁶³ LORENZETTI, Ricardo Luis. Contratos “Eletrônicos”. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coords.). *Direito & internet vol. II - Aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 575.

¹⁶⁴ Lorenzetti cita como exemplo os autores Federico Pablo Vives e Javier Eduardo Delupi, que defendem que, ainda que as relações se deem em meio virtual, elas estão sempre “ancoradas” no mundo real, uma vez que os sujeitos, as partes, sempre terão um domicílio, seja ele residencial ou definido pela sede da pessoa jurídica envolvida. (*Ibidem*. p. 575)

¹⁶⁵ *Ibidem*. p. 575.

¹⁶⁶ VICENTE, Dário Moura. *Direito Internacional Privado – Problemática Internacional da Sociedade da Informação*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 21.

número de países: uma vez que a informação disponibilizada num sítio Internet, por exemplo, fica acessível em todos os países onde exista acesso a esta, o ilícito porventura consubstanciado pela disponibilização dessa informação (v.g. violadora de direitos autorais ou com conteúdo difamatório) é, em rigor, cometido em qualquer desses países, sendo, por isso, *prima facie*, aplicáveis as respectivas leis e competentes os tribunais locais. (grifos do autor)¹⁶⁷

Portanto, a possibilidade de estar presente a todo tempo em toda parte faz com que a Internet desafie as regras de conexão tradicionais, tanto no que se refere à definição da lei aplicável, quanto com relação à definição do tribunal nacional que terá jurisdição para apreciação do caso.

Julia Hörnle destaca que a ubiquidade da Internet, ao possibilitar um número crescente de interações e transações envolvendo partes de diferentes jurisdições, aumenta a probabilidade de que existam disputas transnacionais envolvendo pequenos valores, o que dificulta e torna ainda mais complexa a definição da Corte competente, da lei aplicável e a garantia de execução.¹⁶⁸

2.2.4 A natureza imaterial

A natureza imaterial do meio eletrônico se mostra como uma das características da Internet que tem consequências diretas quando analisamos a contratação *online*.

Em 1995, Nicholas Negroponte já fazia uma interessante análise sobre a realidade digital. De acordo com o autor, sua maior diferença está em uma quebra essencial de paradigmas: saímos de uma era em que tudo se baseava em átomos para entrar em uma nova, em que os *bits* têm o protagonismo. “A mudança de átomos para *bits* é irreversível e não pode ser detida”.¹⁶⁹

Assim, se antes para poder ler uma notícia escrita era preciso comprar jornais ou revistas físicos, feitos de papel e impressos à tinta, hoje basta acessar os inúmeros portais de informação disponíveis na Internet. Quando se trata de música, a revolução é ainda maior: dos

¹⁶⁷ VICENTE, Dário Moura. *Direito Internacional Privado – Problemática Internacional da Sociedade da Informação*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 93. O autor afirma que uma das saídas para que nem todos os países em que há acesso à informação sejam considerados como jurisdições competentes, ou como tendo suas leis aplicáveis, está em outra característica da Internet: sua interatividade: a simples acessibilidade não seria suficiente.

¹⁶⁸ HÖRNLE, Julia. *Cross-border Internet Dispute Resolution*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 21.

¹⁶⁹ No original: “The change from atoms to bits is irrevocable and unstoppable.” (NEGROPONTE, Nicholas. *Being Digital*. Londres: Hodder & Stoughton, 1995. p. 4)

antigos vinis, a evolução na era dos átomos chegou até os CDs, o último suporte físico a prosperar neste campo; hoje, as técnicas de *streaming*, como o aplicativo Spotify¹⁷⁰, que permitem escutar a qualquer música *online* sem nem sequer ter que realizar o *download* das mídias para os respectivos aparelhos reprodutores de arquivos digitais de áudio, são a maior prova disso. As videolocadoras que ainda não encerraram suas atividades são praticamente museus depois que YouTube¹⁷¹ e Netflix¹⁷² se popularizaram. Comprar *softwares* nas prateleiras das lojas especializadas é passado.¹⁷³

A natureza imaterial também afeta a maneira como lidamos com contratos. Tal atributo entra em conflito com normas que pressupõem documentos em papel.

Tradicionalmente, questões sobre a eficácia probatória de um contrato, relacionadas à sua originalidade e assinatura, tiveram como referência a existência de um documento em papel, assinado à tinta e à mão pelas partes contratantes, cujos originais seriam apenas as vias no próprio instrumento indicadas. Tais originais poderiam até mesmo ser copiados posteriormente, mas estas cópias só teriam valor jurídico se comprovada sua autenticidade perante tabelião mediante a apresentação do original. Estes requisitos sempre foram relacionados à segurança necessária para a assunção de obrigações pelas partes, as quais confiavam à forma a possibilidade de provar qualquer inadimplemento posterior ou direito não satisfeito.¹⁷⁴

Os contratos eletrônicos, por sua vez, fazem total abstração do suporte em papel. Átomos são transformados em *bits*. Oferta e aceitação são mensagens transmitidas eletronicamente e, mesmo que possa haver posterior impressão em papel, ainda restaria dúvida quanto à autenticidade do documento.¹⁷⁵ Além do mais, a assinatura, modo confiável de atribuição de autoria¹⁷⁶, também não pode se dar, em meio eletrônico, da mesma maneira

¹⁷⁰ SPOTIFY Website. Disponível em: <<https://www.spotify.com/br/>>. Acesso em: 26 maio 2016.

¹⁷¹ YOUTUBE Website. Disponível em: <<https://www.youtube.com/>>. Acesso em: 26 maio 2016.

¹⁷² NETFLIX Website. Disponível em: <<https://www.netflix.com/br/>>. Acesso em: 26 maio 2016.

¹⁷³ Ressalte-se que, por óbvio, em algumas indústrias a substituição de átomos por *bits* não é algo viável. De fato, toda a indústria tradicional, voltada para a produção de bens duráveis ou de consumo, assim como a indústria extrativista ou da alimentação, em todas as suas possíveis vertentes, não conseguirá passar do meio analógico para o digital. Ainda assim, a dinâmica de operação de todas elas seguramente se viu transformada pela utilização dos meios eletrônicos, particularmente no tocante às vendas.

¹⁷⁴ Exemplo claro disso é a obrigação de consularização de documentos estrangeiros para uso interno.

¹⁷⁵ O original seria apenas o documento acessível em meio computadorizado. Uma vez impresso o que já se teria seria cópia.

¹⁷⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis. Informática, Cyberlaw e E-Commerce. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Aldalberto *et al.* (Coords.). *Direito & internet: aspectos jurídicos relevantes*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 473.

como tradicionalmente ocorre no mundo físico. Tais questionamentos geram a necessidade de que existam regras específicas que estabeleçam parâmetros para a segurança das partes.

Segundo Queiroz e França, a desmaterialização está intimamente relacionada ao risco de manipulação das informações contidas em documentos eletrônicos.¹⁷⁷ A natureza digital acaba por deixar aberta a possibilidade de que dados sejam modificados sem deixar ao menos vestígios da alteração.¹⁷⁸ Para os autores, desmaterialização é apenas uma metáfora que traduz, na verdade, o risco de fraude.

Explica David Chaikin:

A diferença fundamental entre as representações analógicas e digitais da realidade é que quando a prova entra no domínio digital, ela sai do mundo dos objetos tridimensionais com átomos únicos (que são relativamente difíceis de manipular), e entra no mundo do armazenamento de informações, que em seu nível básico não passa de *bits* de um código binário. Como tal, a informação digital está sujeita a uma manipulação muito mais fácil que a informação analógica. Existem *softwares* de edição para quase todos os tipos de informação digital, sejam eles registros de negócio (processadores de texto), fotografias (*softwares* de edição de imagem), ou sons (estações de trabalho de áudio digital). (tradução nossa)¹⁷⁹

De acordo com Lorenzetti, a imaterialidade do meio eletrônico gera um “problema de recognoscibilidade: em que condições existe um documento e quando é atribuível ao seu autor”¹⁸⁰. Para ele, a questão estaria em definir em quais condições um documento eletrônico terá a eficácia probatória de indicar, de fato, a existência de obrigação e, também, apontar com precisão quais são as partes envolvidas nesta.

¹⁷⁷ QUEIROZ, Regis Magalhães Soares de Queiroz; FRANÇA, Henrique de Azevedo Ferreira. Assinatura digital e a cadeia de autoridades certificadoras. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Aldalberto *et al.* (Coords.). *Direito & internet: aspectos jurídicos relevantes*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 424.

¹⁷⁸ Os autores tratam nesta parte de sua obra sobre o armazenamento de documentos digitalizados, ou seja, de documentos físicos que foram traduzidos em meio digital, em um código binário acessível por computador. Todavia, as considerações por eles feitas são totalmente transponíveis para a realidade de documentos gerados em meio eletrônico, como é o caso do objeto deste trabalho.

¹⁷⁹ No original: “The critical difference between digital and analog representations of reality is that once evidence enters the digital domain, it passes out of the world of three-dimensional objects with unique atoms (which are relatively difficult to manipulate), and into the world of stored information, which at its basic level, is nothing but bits of binary code. As such, digital information is subject to far easier manipulation than is analog information. Editing software exists for almost all types of digital information, whether it be business records (word processing), photographs (image editing software), or sound (digital audio workstations).” (CHAIKIN, David. *Network investigations of cyber-attacks: the limits of digital evidence*. *Crime, Law and Social Change*. v. 46, p. 239-256, 2006. p. 241-242.)

¹⁸⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis. Informática, Cyberlaw e E-Commerce. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Aldalberto *et al.* (Coords.). *Direito & internet: aspectos jurídicos relevantes*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 471.

2.2.5 A instantaneidade do meio

Há, ainda, outro importante aspecto técnico da Internet, com consequências diretas em matéria de contratação: a *instantaneidade do meio*.

Conforme explicam Seffar e Benyekhlef:

O comércio pela Internet induz a uma redução do espaço geográfico pela abolição das distâncias e fronteiras e uma aceleração do tempo. Limites geográficos são substituídos por fronteiras virtuais, criando um mercado eletrônico no qual as transações ocorrem com uma rapidez que não tem comparação com o que pode ser conhecido no comércio tradicional, no sentido de que as interações passaram a ser quase instantâneas e a acontecer sem intermediação. A virtualização da atividade leva à perda do sentido das coordenadas espaço-temporais no mundo das redes. Estas, devido à sua abertura, fazem que o comércio eletrônico esteja ocorrendo em um ambiente onde são feitas as interações entre as pessoas virtuais em uma abstração do aqui e do agora. (tradução nossa)¹⁸¹

Tal elemento gera questões sobre a determinação, com precisão, do momento de aperfeiçoamento do contrato e, também, sobre a legislação a ele aplicada.¹⁸² Ainda que estejam distantes geograficamente, as partes podem contratar de maneira instantânea, dada a velocidade de transmissão das mensagens eletrônicas. Dessa maneira, o contrato eletrônico poderia ser considerado tanto como entre presentes, dada a instantaneidade, quanto entre ausentes, considerando-se o lugar dos sujeitos envolvidos.

2.2.6 Outras características relevantes

De acordo com Svantesson, a instantaneidade da Internet está relacionada a fator que também tem relação com a deslocalização, qual seja, sua natureza geograficamente independente. Este aspecto diz respeito à possibilidade de disponibilizar e acessar

¹⁸¹ No original: “L’internet marchand induit une réduction de l’espace géographique par l’abolition des distances et des frontières et une accélération du temps. Les frontières géographiques sont remplacées par les frontières virtuelles, créant un marché électronique dans lequel les transactions s’opèrent avec une rapidité qui n’a pas de commune mesure avec celle que l’on peut connaître du commerce traditionnel en ce sens que les interactions sont devenues quasi instantanées et se passent de toute intermédiation. La virtualisation de l’activité entraîne une perte de sens des coordonnées spatiotemporelles dans le monde des réseaux. Ces derniers, du fait de leur ouverture, font que le commerce électronique se déroule dans un environnement dans lequel les interactions sont réalisées entre personnes virtuelles dans un détachement de l’ici et du maintenant.” (SEFFAR, Karim; BENYEKHFLEF, Karim. Commerce électronique et normativités alternatives. *University of Ottawa Law & Technology Journal*, v. 3, n. 2, p. 353-384, 2006. p. 361)

¹⁸² *Ibidem*. p. 479.

informações que estejam armazenadas em servidores localizados em qualquer local do planeta, assim como ao fato de as comunicações realizadas na Internet serem virtualmente instantâneas, não importando o local físico no planeta de onde se originem as informações nem para onde elas vão. O tempo para o acesso de informações armazenadas em um servidor local ou em um servidor na Europa, por exemplo, é praticamente o mesmo.¹⁸³

Svantesson destaca, ainda, o fato de ser a Internet um meio de comunicação pouco dependente da língua, uma vez que várias são as ferramentas de tradução existentes, inclusive com a possibilidade de tradução automática de sites inteiramente escritos em línguas estrangeiras¹⁸⁴, sendo hoje possível, inclusive, utilizar a câmera de um *smartphone* para traduzir em tempo real, palavras escritas em outra língua.¹⁸⁵ Além disso, para ele, a Internet possibilita, como meio de comunicação, que um ser fale a muitos outros ao mesmo tempo¹⁸⁶, paritariamente, já que os custos envolvidos são relativamente baixos.¹⁸⁷ Daí sua frequente utilização.¹⁸⁸

¹⁸³ SVANTESSON, Dan Jerker B. The characteristics making Internet communication challenge traditional models of regulation - What every international jurist should know about the Internet. *International Journal of Law and Information Technology*, v. 13, Issue 1, p. 39-69, 2005. Disponível em: <http://epublications.bond.edu.au/era_hca/98/>. Acesso em: 16 maio 2016. p. 46. Para o autor, vale frisar, mais relevante que identificar as características técnicas da Internet é trabalhar com suas consequências. Se, tecnicamente, em análise estrita a este aspecto, o correio eletrônico em nada poderia ser comparado com o correio tradicional, partindo de uma análise voltada para as consequências e formas de utilização do meio pelo usuário, várias comparações poderiam ser feitas. O autor alerta, porém, que o uso de analogias com outros meios deve ser evitado. Como exemplo das confusões que as analogias podem gerar ao serem utilizadas para buscar entender um meio que, em verdade, se faz um fenômeno significativamente novo e diferente por uma junção de diversos aspectos, cita Svantesson o caso do *Communication Decency Act*, lei estadunidense promulgada em 1996 e que buscava regular a transmissão de material pornográfico pela Internet. Os defensores da lei faziam analogia entre a Internet e a radiodifusão, enquanto os que a atacavam preferiam destacar sua similaridade com as telecomunicações. O objetivo de cada analogia é claro: emissoras de rádio e televisão são multadas pela transmissão de material inapropriado, enquanto as companhias que controlam as redes telefônicas não.

¹⁸⁴ *Ibidem*. p. 48.

¹⁸⁵ A exemplo do aplicativo Google Tradutor. Cf.: ZHANG, Michael. Google's Translate App Can Now Use Your Camera to Translate the World in Real Time. *Petapixel Website*, 14 jan. 2015. Disponível em: <<http://petapixel.com/2015/01/14/googles-translate-app-can-now-use-camera-translate-world-real-time/>>. Acesso em: 24 maio 2016. Outro interessante exemplo é o QQ International, aplicativo de troca de mensagens instantâneas que, por meio de um tradutor integrado, permite que pessoas conversem, em tempo real, escrevendo em línguas diferentes. Cf. HOW To Translate Your Chats with QQ International. *QQ International Blog*, 12 jun. 2012. Disponível em: <<http://blog.imqq.com/how-to-use-the-chat-translator-function/>>. Acesso em: 28 maio 2016.

¹⁸⁶ SVANTESSON, Dan Jerker B. The characteristics making Internet communication challenge traditional models of regulation - What every international jurist should know about the Internet. *International Journal of Law and Information Technology*, v. 13, Issue 1, p. 39-69, 2005. Disponível em: <http://epublications.bond.edu.au/era_hca/98/>. Acesso em: 16 maio 2016. p. 49.

¹⁸⁷ *Ibidem*. p. 50.

¹⁸⁸ *Ibidem*. p. 51.

Considerando todas as características da Internet e partindo de uma perspectiva pragmática para a garantia da validade e eficácia dos contratos eletrônicos, Smedinghoff formula três questões às quais as partes em um possível contrato eletrônico deveriam responder antes de se obrigarem reciprocamente: (i) essa transação pode ser realizada eletronicamente? – ou seja, ela é permitida de acordo com os ordenamentos possivelmente envolvidos? (ii) existem regras específicas relativas ao meio eletrônico? (iii) essa transação é segura?¹⁸⁹ Interessam, para este trabalho, as duas primeiras¹⁹⁰, as quais servem como panorama para o que segue.

2.3 As soluções possíveis

Ao examinar como deve se dar a relação da Internet com as leis nacionais, Uta Kohl aponta para uma solução prática:

[...] a Internet transnacional e as leis nacionais só podem ser “conciliadas” pela criação de uma Internet menos transnacional, de leis mais globais ou um pouco de cada. A globalização das leis permite que a Internet seja mantida com um meio aberto, o que ocorre detrimento das leis e valores nacionais próprios. Por outro lado, fazer com que a Internet seja menos transnacional, pelo zoneamento territorial das atividades *online*, permite com que políticas nacionais que reflitam valores culturais, sociais e políticos próprios sejam preservadas em detrimento da desinibida liberdade das comunicações transnacionais *online*. (tradução nossa)¹⁹¹

Partindo da assunção de que o zoneamento da Internet¹⁹², com restrições territoriais à sua utilização, é algo que contraria fundamentos constitutivos da rede e, também, suas principais características, já analisadas, defende-se aqui que a elaboração e ampla aceitação de normas mais globais é a solução mais apropriada.

¹⁸⁹ SMEDINGHOFF, Thomas. The Legal Challenges of Implementing Electronic Transactions. *Uniform Commercial Code Law Journal*, t. 1, v. 41, n. 3, p. 3-34, 2008. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1275108>. Acesso em: 16 maio 2016. p. 5.

¹⁹⁰ Por uma escolha metodológica, não são objeto do trabalho questões técnicas relativas à segurança das transações realizadas em meio eletrônico.

¹⁹¹ No original: “the transnational Internet and national laws can only be ‘reconciled’ either by creating a less transnational Internet or more global laws or a bit of both. The globalization of laws allows the Internet to be retained as an open medium but occurs at the expense of peculiar national laws and values. On the other hand, making the Internet less transnational, through territorial zoning of online activity, allows national policies reflecting peculiar cultural, social and political values to be preserved but at the expense of the uninhibited freedom of transnational online communications.” (KOHL, Uta. *Jurisdiction and the Internet – Regulatory Competence over Online Activity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. pp. 253-254)

¹⁹² Cf. LESSIG, Lawrence. The Zones of Cyberspace. *Stanford Law Review*, v. 48, n. 5, May, 1996.

Tratando-se da regulação global da Internet em matéria de contratação eletrônica, as iniciativas da UNCITRAL destacam-se no quadro internacional dos movimentos de uniformização do Direito em matéria de comércio eletrônico, como já identificado por este autor em momento anterior.¹⁹³ Ao mesmo tempo, a escolha pelas partes é uma das melhores saídas para resolver questões relacionadas à definição de lei aplicável aos contratos internacionais eletrônicos, ainda que esta não seja, *a priori*, uma opção no Brasil. É o que se passa a apresentar.

2.3.1 A uniformização do direito

A UNCITRAL, sigla em inglês pela qual é internacionalmente conhecida a Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional, foi criada em 1966 pela Assembleia Geral das Nações Unidas¹⁹⁴ com o objetivo de promover a progressiva harmonização e unificação do direito comercial internacional. Dentre os trabalhos realizados pela Comissão estão: a formulação de convenções e leis modelo que podem ser livremente adotadas pelos Estados; a elaboração de guias legais e legislativos de grande aplicação prática; a disponibilização de informações atualizadas sobre jurisprudência e legislação relativos ao direito comercial uniforme; a assistência jurídica em projetos de reforma legislativa; e, ainda, a apresentação de seminários regionais ou nacionais sobre legislação comercial uniforme.¹⁹⁵

A relevância dos trabalhos realizados pela UNCITRAL está no fato de ser a Comissão um foro de debates no qual Estados, doutrinadores e representantes da sociedade civil interessados unem esforços no objetivo comum de encontrar soluções equânimes para os mais diversos desafios apresentados ao Direito pelo comércio internacional, levando em consideração os mais diversos interesses e tradições jurídicas.

¹⁹³ São, nesse ponto, retomadas questões já trabalhadas em sede de monografia de conclusão de curso por este autor, oportunidade na qual foi identificado o objeto que veio, posteriormente, a compor a pesquisa levada a cabo neste trabalho, relativa à definição de lei aplicável aos contratos eletrônicos.

¹⁹⁴ UNITES NATIONS. *General Assembly resolution 2205 (XXI) of 17 December 1966*. Establishing - United Nations Commission on International Trade Law - United Nations Commission on International Trade Law. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/005/08/IMG/NR000508.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 26 maio 2016.

¹⁹⁵ UNCITRAL. About Uncitral. *UNCITRAL Website*. Disponível em: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/about_us.html>. Acesso em: 24 maio 2016.

A percepção da UNCITRAL sobre os efeitos das novas tecnologias de comunicação e informação sobre eventos e negócios jurídicos típicos do comércio internacional, foi ao longo da própria existência da Comissão, sentida em vários temas. Entre eles, destacam-se, fundamentalmente: o valor jurídico dos registros computadorizados; a certificação e assinaturas eletrônicas e a utilização da comunicação eletrônica em matéria de contratos internacionais do comércio e a própria regulamentação internacional do comércio eletrônico.

2.3.1.1 Recomendação sobre o Valor Jurídico dos Registros Computadorizados

A partir das atividades de seu Grupo de Trabalho IV, em 1985, a Comissão pôde chegar à conclusão de que o uso do então chamado processamento automático de informações estava prestes a se tornar um fato bem estabelecido tanto no comércio doméstico quanto no internacional. Nesse contexto, a obrigatoriedade da apresentação de documentos assinados à mão ou em papel poderiam representar sérios obstáculos para o desenvolvimento do uso de computadores no comércio internacional. Foi assim que, naquele ano, a Comissão adotou sua Recomendação sobre o Valor Jurídico dos Registros Computadorizados.¹⁹⁶

Dentre as recomendações ali formuladas pela UNCITRAL para os Estados, destaca-se a de que estes deveriam rever os requisitos legais segundo os quais certas transações comerciais ou documentos a elas relativas sejam escritos, seja a forma escrita uma condição para a exequibilidade ou para a validade da transação ou do documento. A ideia defendida era a que se permitisse, quando apropriado, que a transação ou documento fossem gravados e transmitidos por instrumentos que pudessem ser acessados por meios computadorizados.¹⁹⁷

No mesmo sentido, recomendou a Comissão que os Estado realizassem reformas legislativas em seus direitos domésticos, para que a autenticação de documentos também pudesse ser aceita se realizada de modo eletrônico quando fosse adequado, mesmo que os requisitos fossem os de autenticação por via de assinaturas ou por métodos baseados em papel. A Recomendação se estendeu, também, às organizações internacionais cujos trabalhos

¹⁹⁶ UNCITRAL. *Recommendation on the Legal Value of Computer Records*. Disponível em: <<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/computerrecords-e.pdf>>. Acesso em: 24 maio 2016.

¹⁹⁷ No original “[...] to review legal requirements that certain trade transactions or trade related documents be in writing, whether the written form is a condition to the enforceability or to the validity of the transaction or document, with a view to permitting, where appropriate, the transaction or document to be recorded and transmitted in computer-readable form.” (UNCITRAL. *Recommendation on the Legal Value of Computer Records*. Disponível em: <<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/computerrecords-e.pdf>>. Acesso em: 24 maio 2016)

tivessem relação com o comércio; segundo a UNCITRAL, estas deveriam levar em consideração o instrumento em questão, seja na elaboração de novos textos normativos ou mesmo para a reforma dos já existentes.¹⁹⁸

2.3.1.2 Lei Modelo sobre Comércio Eletrônico

Em 1991, durante a 24ª Sessão da Comissão, já era claro que os aspectos legais relacionados ao intercâmbio de dados eletrônicos se tornariam cada vez mais importantes e que, portanto, um detalhamento de todos esses aspectos deveria ser levado a cabo nos trabalhos da UNCITRAL¹⁹⁹. Sendo assim, o Grupo de Trabalho IV dedicou-se à identificação e discussão dos contornos do intercâmbio de dados, o que resultou na elaboração de um relatório, apresentado durante a 25ª Sessão da Comissão, em 1992. Seguindo a recomendação do Grupo de Trabalho, sobre a necessidade de que fossem elaboradas regras práticas quanto ao intercâmbio de dados eletrônicos de modo a garantir o maior grau de harmonização e certeza possíveis, a Comissão confiou a ele a preparação de tais regras uniformes.²⁰⁰

Em 1996 foi, então, lançada pela UNCITRAL a Lei Modelo sobre Comércio Eletrônico (LMCE)²⁰¹, hoje o mais popular instrumento normativo não vinculante sobre proteção comercial no ambiente eletrônico²⁰². Seu texto já serviu de base para a adoção de legislações específicas sobre comércio eletrônico em 67 países, dentre eles África do Sul, Austrália, China, França, Índia e México e, ainda, em alguns estados do Canadá e Estados Unidos, além de alguns territórios ultramarinos e dependências da coroa do Reino Unido da

¹⁹⁸ UNCITRAL. *Recommendation on the Legal Value of Computer Records*. Disponível em: <<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/computerrecords-e.pdf>>. Acesso em: 24 maio 2016.

¹⁹⁹ UNITED NATIONS. Report of the working group on international payments on the work of its twenty-fourth session. Vienna, 27 January – 7 February 1992. *A/CN.9/360*. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V92/511/94/IMG/V9251194.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 26 maio 2016.

²⁰⁰ UNITED NATIONS. Working paper submitted to the Working Group on Electronic Data Interchange (EDI) at its twenty-fifth session: electronic data interchange: outline of possible uniform rules on the legal aspects of electronic data interchange (EDI): note by the Secretariat. *A/CN.9/WG.IV/WP.55*. Disponível em: <<http://www.uncitral.org/pdf/english/yearbooks/yb-1993-e/vol24-p208-226-e.pdf>>. Acesso em: 26 maio 2016.

²⁰¹ Adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas pela resolução A/RES/51/162. (UNITED NATIONS. *Resolution adopted by the General Assembly on the report of the Sixty Committee (A/51/628)*. 51/162. Model Law on Electronic Commerce adopted by The United Nations Commission on International Trade Law. 30 January 1997. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/51/ares51-162.htm>>. Acesso em: 26 maio 2016)

²⁰² DAVIDSON, Alan. *The law of electronic commerce*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 25. O texto oficial da Lei Modelo, emendado em 1998 para a inclusão do art. 5º bis, encontra-se disponível em inglês em: UNCITRAL. *Model Law on Electronic Commerce with guide to enactment*, 1996, with additional article 5 bis as adopted in 1998. New York: United Nations, 1999. Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/05-89450_Ebook.pdf>. Acesso em: 23 maio 2016.

Grã Bretanha e Irlanda do Norte.²⁰³ Seu maior objetivo é o de oferecer aos legislativos nacionais regras internacionalmente aceitas voltadas para a remoção de obstáculos legais relacionados ao comércio eletrônico, facilitando tal remoção por meio da segurança jurídica a ele garantida e contribuindo para o desenvolvimento harmonioso das relações econômicas internacionais. Proporciona, assim, a possibilidade de avaliação e modernização dos aspectos de sua legislação relacionados ao uso de computadores ou outras modernas tecnologias para comunicação em relações comerciais, ou mesmo de servir como base para a elaboração de normas até então inexistentes.

A LMCE é composta de 17 artigos e está dividida em duas partes, a primeira contendo regras gerais sobre comércio eletrônico e a segunda sobre contratos de transporte de mercadorias e documentos a eles relacionados. Dentre outros temas substantivos, a LMCE dispõe sobre os requisitos legais aplicáveis às mensagens de dados, tais como o reconhecimento legal destas mensagens, a necessidade de serem escritas, questões sobre sua admissibilidade e peso probatório e suas assinaturas. Lida, ainda, com a comunicação das mensagens de dados, mais especificamente com a formação e validade dos contratos, o reconhecimento de entrega dessas mensagens e com o tempo e lugar do envio e do recebimento.

Patente a contribuição da LMCE como parâmetro para a modernização da legislação interna dos Estados no sentido de adaptar-se às novas tecnologias de comunicação, estabelecendo, de forma simples e objetiva, regras capazes de superar dificuldades ligadas à obrigatoriedade de utilização de documentos físicos em papel, o que poderia prejudicar o desenvolvimento do comércio em meio eletrônico.²⁰⁴ Sua contribuição também reside no fato de ter estabelecido princípios de extrema relevância para o comércio eletrônico, os quais podem ser considerados elementos fundadores da regulamentação jurídica – ainda que incipiente – do comércio eletrônico no plano internacional.

O primeiro dos princípios, o da *não discriminação prejudicial*, que está expresso no art. 5º da LMCE, estabelece que a um documento não deve ser negada validade jurídica, efeito ou aplicação, pelo simples fato de se apresentar em forma eletrônica. Ou seja, de acordo

²⁰³ A lista completa das adesões à Lei Modelo sobre Comércio Eletrônico está disponível online: UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce (1996). Status. *UNCITRAL Website*. Disponível em: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model_status.html>. Acesso em: 23 maio 2016.

²⁰⁴ DRAETTA, Ugo. Internet et commerce électronique en Droit International des Affaires. *Recueil des cours*, 314, 2005. p. 100.

com esse princípio, não deve haver qualquer tipo de favorecimento dos documentos apresentados em papel em detrimento daqueles eletronicamente exibidos.²⁰⁵

O segundo é o chamado princípio da *equivalência funcional*, segundo o qual as comunicações eletrônicas devem ser consideradas equivalentes àquelas feitas em papel sempre e quando seja possível estabelecer que eles cumprem os propósitos e funções de aspectos inerentes aos documentos impressos, tais como serem escritos, assinados e originais, propósitos e funções que são tratados respectivamente nos arts. 6º, 7º e 8º da LMCE. Na verdade, este princípio estabelece a necessidade de revisão da função e da razão dos instrumentos jurídicos tradicionais para, assim, sempre que possível, adaptá-los a um novo contexto comercial desmaterializado, ou seja, que abstraia o suporte físico em papel, fazendo necessárias novas regras apenas se tal adaptação não fosse possível.²⁰⁶

Por fim, está o princípio da *neutralidade tecnológica*. Este princípio leva em consideração o rápido desenvolvimento das novas tecnologias de comunicação e sugere que as regras a serem adotadas pelos Estados sejam o mais neutras possível com relação à tecnologia utilizada para o envio das mensagens e documentos, evitando, com sua flexibilidade, novas adaptações legislativas no futuro. De acordo com Marcelo Thompson, a ideia geral do princípio é a de que “a lei não deve escolher vencedores e perdedores tecnológicos, que ela não deve nem ajudar nem prejudicar determinados tipos de artefatos tecnológicos”²⁰⁷.

Daí, então, a escolha dos elaboradores da LMCE pela expressão “mensagem de dados” ao invés de, por exemplo, “e-mail”, a qual por si só já conota a utilização de um determinado meio de comunicação.²⁰⁸ Não à toa, ao definir o termo “mensagem de dados”, o art. 2º da LMCE estabelece que ele se refere a qualquer informação gerada, enviada ou recebida por meios eletrônicos, ópticos ou similares, o que inclui, sem limitação, o correio eletrônico, o telegrama e o telex.

²⁰⁵ DRAETTA, Ugo. Internet et commerce électronique en Droit International des Affaires. *Recueil des cours*, 314, 2005. p. 100.

²⁰⁶ *Ibidem*. 100. Cf. também: GABRIEL, Henry D. Uniform law of electronic commerce in private international law: where have we been and where are we going? *International Trade and Business Law Review*, v. 14, p. 386-403, 2011. p. 392.

²⁰⁷ No original: “[...] law should not pick technological winners and losers, that law should neither help nor hinder particular types of technological artifacts.” (THOMPSON, Marcelo. Neutralization of Harmony: the problem of technological neutrality, east and west. *Boston University Journal of Science & Technology Law*, t. 2, v. 18, p. 303-342, 2012. p. 303) De forma ampla e profunda, o autor trata este princípio como reflexo de uma visão político-filosófica, afirmando-o como algo que vai muito além das simples técnicas para evitar a obsolescência das leis, razão pela qual se recomenda a leitura para estudos aprofundados sobre o assunto.

²⁰⁸ DAVIDSON, Alan. *The law of electronic commerce*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 26.

Importante se faz destacar que, além da emenda ocorrida em 1998 para que fosse acrescentado o art. 5º bis, vários dispositivos foram alterados pela Convenção das Nações Unidas sobre o Uso de Comunicações Eletrônicas em Contratos Internacionais, a qual será analisada a seguir, e que a segunda parte da LMCE foi complementada pela Convenção das Nações Unidas sobre Transporte de Mercadorias Inteiramente ou Parcialmente Marítimo, conhecida como Regras de Roterdã.²⁰⁹

2.3.1.3 Lei Modelo sobre Assinaturas Eletrônicas

A LMCE foi apenas o primeiro passo no desenvolvimento do direito do comércio eletrônico no âmbito das Nações Unidas. As atividades do Grupo de Trabalho IV da UNCITRAL seguiram e em 2001 foi adotada outra lei modelo, agora versando sobre assinaturas eletrônicas (LMAE)²¹⁰. Baseada nos mesmos princípios que a anterior, o que esta busca é possibilitar e facilitar o uso de assinaturas eletrônicas ao estabelecer critérios técnicos para a equivalência destas em relação àquelas feitas em papel. Partindo do pressuposto de que a assinatura é a expressão do consentimento em um contrato²¹¹, o objetivo da LMAE é justamente o de aumentar a segurança jurídica no comércio eletrônico, garantindo a validade e eficácia das assinaturas eletrônicas²¹².

Ainda que as duas leis modelos tenham logrado facilitar o comércio eletrônico em nível doméstico, seja por sua adoção ou mesmo pela influência que exerceram nos legislativos nacionais no momento de repensar suas normas sobre o tema, não foram capazes de eliminar

²⁰⁹ Esclarecimentos da UNCITRAL podem ser acessados online: UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce (1996) with additional article 5 bis as adopted in 1998. *UNCITRAL Website*. Disponível em: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model.html>. Acesso em: 23 maio 2016.

²¹⁰ O texto completo da LMAE, assim como o guia para adoção pelos países, pode ser acessado em: UNCITRAL. *Model Law on Electronic Signatures with Guide to Enactment 2001*. New York: United Nations, 2002. Disponível em: <<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/ml-elecsig-e.pdf>>. Acesso em: 23 maio 2016.

²¹¹ Para Carnelutti, são três funções da assinatura: a função de *autoria* (identificar o autor), a função *declaratória* (atestar a declaração do autor) e a função *probatória* (possibilitar a averiguação de autenticidade do documento). (CARNELUTTI, F. Studi sulla sottoscrizione, *apud* ZOCCOLI, Dinemar. Autenticidade e integridade dos documentos eletrônicos: a firma eletrônica. In: AIRES, José Rover (Org.). *Direito, sociedade e informática: limites e perspectivas da vida digital*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000)

²¹² Para mais informações sobre os trabalhos que deram origem à LMAE, ver: TRAVAUX préparatoires. UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures (2001). *UNCITRAL Website*. Disponível em: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/electronic_commerce/2001Model_travaux.html>. Acesso em: 24 maio 2016.

os problemas relativos ao comércio eletrônico no plano internacional.²¹³ Permaneceu a incerteza quanto ao uso da comunicação eletrônica e a convicção de que este fator significava um obstáculo ao comércio eletrônico, justamente por não haver conseguido o direito contratual acompanhar o desenvolvimento das soluções para o uso da comunicação eletrônica no comércio.²¹⁴ Sendo assim, os esforços para remover essas barreiras no cenário internacional não poderiam ser negligenciados e passaram a ser prioridade nas atividades do Grupo de Trabalho IV.²¹⁵

2.3.1.4 *Convenção das Nações Unidas sobre o Uso de Comunicações Eletrônicas em Contratos Internacionais*

A partir da recomendação adotada pelo Centro de Facilitação do Comércio e dos Negócios Eletrônicos das Nações Unidas²¹⁶, segundo a qual a UNCITRAL deveria adotar medidas para garantir que as referências a “escrita”, “assinatura” e “documento” em convenções e tratados internacionais relativos ao comércio internacional permitissem a utilização de comunicações eletrônicas, o Grupo de Trabalho IV começou as atividades que culminaram na adoção em 2005 da Convenção das Nações Unidas sobre o Uso de Comunicações Eletrônicas em Contratos Internacionais (UNECIC, em sua sigla em inglês). Cabe ressaltar que, inicialmente, não houve consenso sobre a forma que teria o instrumento a ser adotado, o qual poderia ser outra lei modelo, uma convenção ou mesmo uma recomendação sobre a necessidade de se emendar tratados existentes.²¹⁷ Todavia, o Grupo de

²¹³ RAYMOND, Anjanette H. Electronic Commerce and the New UNCITRAL Convention. *International Law Practicum*, v. 19, p. 66-74, 2006.

²¹⁴ A/CN.9/484 §§ 81 a 86. Entendeu a UNCITRAL que as questões internacionais requeriam uma atenção especial. Um dos motivos é o fato de que as leis modelo foram pensadas para harmonização das legislações a nível doméstico e, sendo assim, pouca ou nenhuma influência teriam na aplicação de tratados e convenções internacionais, os quais precisariam de um instrumento de mesma hierarquia para serem revistos. (UNITED NATIONS. Report of the Working Group on Electronic Commerce on its thirty-eight session. New York, 12-23 March 2001. A/CN.9/484. 24 April 2001. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V01/829/54/PDF/V0182954.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 26 maio 2016)

²¹⁵ A/CN.9/528 § 4º. (UNITED NATIONS. Report of the Working Group IV (Electronic Commerce) on the work of its forty-first session. Vienna, 30 June-11 July 2003. A/CN.9/528. 19 May 2003. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V03/843/60/PDF/V0384360.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 26 maio 2016)

²¹⁶ TRADE/CEFACT/1999/19 §60. (UNITED NATIONS. Report of the Fifth UN/CEFACT Session. TRADE/CEFACT/1999/19. Disponível em: <https://www.unece.org/fileadmin/DAM/cefact/cf_plenary/plenary00/docs/list_doc_00.htm>. Acesso em: 26 maio 2016)

²¹⁷ EISELEN, Sieg. The purpose, scope and underlying principles of the UNECIC. In: ANDERSEN, Camilla B. SCHROETER, Ulrich G. (Orgs). *Sharing international commercial law across national boundaries*. Londres:

Trabalho começou a elaborar o projeto da Convenção já em 2002, durante sua 39ª Sessão.²¹⁸ A convenção teria como objeto as questões específicas da formação dos contratos levantadas pelo uso de mensagens de dados.

De acordo com o Secretariado da UNCITRAL, “o objetivo da Convenção sobre Comunicações Eletrônicas é oferecer soluções práticas para questões relativas ao uso de meios eletrônicos de comunicação relacionados aos contratos internacionais”²¹⁹. Concebida inicialmente como um instrumento gerador de previsibilidade comercial a partir da remoção das incertezas ainda existentes quanto ao comércio eletrônico internacional²²⁰, tais como as relacionadas ao local e momento da formação dos contratos, a Convenção também buscou remover as barreiras possivelmente criadas pela aplicação de convenções sobre comércio internacional já existentes.²²¹

Os três princípios introduzidos pela LMCE – não discriminação prejudicial, igualdade funcional e neutralidade tecnológica – foram coerentemente mantidos pela UNECIC, sendo, igualmente, sua base estrutural. Com o avanço, tanto do próprio comércio eletrônico, quanto dos estudos realizados pela UNCITRAL no âmbito do Grupo de Trabalho IV, a Convenção apresenta outros princípios que passaram a informar a regulação do comércio eletrônico. Depois de realizar um estudo detalhado sobre a UNECIC, o professor Sieg Eiselen²²² destaca seus seguintes princípios: (i) internacionalidade, harmonização, unificação e interpretação autônoma; (ii) facilitação do comércio; (iii) segurança jurídica e previsibilidade comercial; (iv) liberdade contratual; (v) boa-fé; (vi) proteção da confiança razoável; (vii) liberdade de forma; e (viii) localização física das partes.

Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2008. p. 109. Destaque-se que a decisão pela emenda de tratados existentes seria, quiçá, a de mais difícil implementação dadas as dificuldades para organizar conferências diplomáticas que revisassem e adaptassem cada tratado para a realidade do comércio eletrônico.

²¹⁸ UNITED NATIONS. Legal aspects of electronic commerce. Electronic contracting: provisions for a draft convention. Note by the Secretariat. New York, 11-15 March 2002. A/CN.9/WG.IV/WP.95. 20 September 2001. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V01/872/66/PDF/V0187266.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 26 maio 2016.

²¹⁹ No original: “The purpose of the Electronic Communications Convention is to offer practical solutions for issues related to the use of electronic means of communication in connection with international contracts.” Tal afirmação foi feita na nota explicativa que acompanha a publicação da Convenção, página 13, §3. (UNITED NATIONS. *United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts*. New York: United Nations, 2007. Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/06-57452_Ebook.pdf> Acesso em: 24 maio 2016) (tradução nossa)

²²⁰ EISELEN, Sieg. The purpose, scope and underlying principles of the UNECIC. In: ANDERSEN, Camilla B. SCHROETER, Ulrich G. (Orgs). *Sharing international commercial law across national boundaries*. Londres: Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2008. p. 112.

²²¹ Ver art. 20 da Convenção.

²²² EISELEN, *op. cit.*, p. 115 *et seq.*

Ainda que a UNECIC não contenha regras para a definição da lei aplicável aos contratos eletrônicos, tendo sido intencional que tal definição se dê pelas regras de Direito Internacional Privado do foro²²³, poderia ser utilizada pelo juiz subsidiariamente como fonte interpretativa, em especial se seu Estado a tiver ratificado. Tal utilização se justifica por ter a Convenção qualificado, levando em conta as especificidades do meio eletrônico, conceitos essenciais para a definição da lei aplicável: a localização das partes e a hora e o local de envio e recebimento das comunicações eletrônicas.

O art. 6º da Convenção, um de seus dispositivos centrais, vem como resposta a uma das características mais notáveis da internet, meio eletrônico mais utilizado para a contratação internacional: sua deslocalização. Como visto, localizar as partes de um contrato de forma precisa no ambiente gerado pela rede mundial de computadores é algo bastante complexo.²²⁴ Apesar disso, trata-se de um aspecto de primordial importância pelos reflexos que tem em questões relacionadas à atribuição de jurisdição, definição da lei aplicável e, até mesmo, execução. Como aponta Lorenzetti, é preciso atribuir efeitos jurídicos no meio eletrônico.²²⁵

No art. 6º está uma das soluções mais simples, e mais efetivas, encontradas pelo Grupo de Trabalho IV da UNCITRAL: “presume-se que o estabelecimento comercial de uma parte é a localização indicada pela mesma”. O objetivo desta previsão, contida no art. 6.1, é possibilitar que as próprias partes identifiquem o local de suas contrapartes, o que facilita, por exemplo, a determinação de seu caráter doméstico ou internacional.

Apesar de criar esta presunção, de que a localização da parte é aquela por ela indicada, de forma alguma o dispositivo cria a possibilidade de que a parte invente um local de negócios. Primeiro por determinar, logo em seguida, que a indicação feita será considerada “a não ser que outra parte demonstre que a primeira não possui estabelecimento comercial naquela localidade”. Segundo por ser a Convenção coerente, não podendo ser olvidada a provisão sobre a definição de “estabelecimento” prevista no art. 4(h), segundo a qual ele é “qualquer lugar onde a parte mantém domicílio não-transitório para realização de atividade econômica que não consista na entrega de bens ou prestação de serviços temporários em

²²³ É o que se depreende da nota explicativa da Convenção elaborada pelo Secretariado da UNCITRAL, p. 31. (UNITED NATIONS. *United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts*. New York: United Nations, 2007. Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/06-57452_Ebook.pdf> Acesso em: 24 maio 2016)

²²⁴ Cf. item 2.1 acima.

²²⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. Contratos “Eletrônicos”. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coords.). *Direito & internet vol. II - Aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 575.

localidade variável”. Ou seja, o estabelecimento indicado pela parte deve ter correspondência com a realidade fática de seus negócios.²²⁶

Situação comum nas tratativas internacionais é o fato de as partes em um contrato terem mais de um estabelecimento, em diferentes localidades. Assim, caso uma parte não indique de qual estabelecimento, ou em relação a qual deles, realiza o negócio, a solução oferecida pelo art. 6.2 é a de que se considere “aquele tiver relação mais estreita com o contrato e com sua execução, tendo em vista as circunstâncias conhecidas pelas partes ou por elas consideradas antes ou no momento da conclusão do contrato”²²⁷.

Como já ressaltado anteriormente²²⁸, a localização física das partes dificilmente pode ser identificada por alguns dados técnicos próprios da Internet²²⁹. Por esta razão:

A Convenção é cautelosa no que se refere a informações periféricas relacionadas às mensagens eletrônicas, tais como endereços IP, nomes de domínio ou mesmo a localização geográfica de sistemas de informação, os quais, apesar de sua aparente objetividade, têm pouco ou nenhum valor conclusivo para a determinação da localização geográfica das partes. (tradução nossa)²³⁰

Elimina-se, assim, a incapacidade de se definir a localização das partes, tendo como base elementos da própria Internet, como a localização de servidores, o número IP das máquinas ou mesmo os localizadores geográficos dos endereços na rede que, como já

²²⁶ Sobre isso, ver A/CN.9/509, § 47. (UNITED NATIONS. Report of the Working Group on Electronic Commerce on its thirty-ninth session. New York, 11-15 March 2002. A/CN.9/509. 21 March 2002. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V02/527/26/PDF/V0252726.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 26 maio 2016)

²²⁷ Esta solução tem como base a teoria dos vínculos mais estreitos, a qual busca a identificação da lei mais intimamente vinculada com as partes ou a questão jurídica a partir do princípio da proximidade. Tal método, que ganhou força com a prática jurisprudencial norte-americana em matéria de responsabilidade extracontratual, tendo como marco o Caso *Babcock*, e que em muito é influenciado por Savigny, já é observado hoje em outras áreas, tais como nos contratos internacionais, tendo sido positivado na Convenção de Roma sobre lei aplicável às obrigações contratuais de 1980 (Roma I) e na Convenção do México sobre direito aplicável aos contratos internacionais de 1994. Ver: DIZ, Jamile Bergamaschine Mata; DINIZ, Rodrigo Vaslin. Análise da teoria dos vínculos mais estreitos: por uma nova abordagem para a aplicação do direito internacional priva. In: CAPUCIO, Camila *et al.* (Orgs.). *Direito Internacional no Nosso Tempo: relações jurídicas privadas, comerciais e dos investimentos*. v. 3. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

²²⁸ Ver item 2.2.2 acima.

²²⁹ Mesmo ferramentas baseadas em geolocalização podem não ser suficientes para a definição da localização das partes. Algumas delas, por serem baseadas no IP dos usuários podem, como visto, ser burladas com a utilização de *Proxy*. Outras, como as que levam em consideração informações da tecnologia GPS, nem sempre estão disponíveis e dependem, em grande medida, da autorização do usuário para funcionarem.

²³⁰ No original: “The Convention takes a cautious approach to peripheral information related to electronic messages, such as IP addresses, domain names or the geographic location of information systems, which despite their apparent objectivity may have little, if any, conclusive value for determining the physical location of the parties.” (FARIA, José Ângelo Estrella. The United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts - An Introductory Note. *Int'l & Comp. L.Q. ICLQ*, v. 55, jul., 2006. p. 691)

demonstrado, são incapazes de definir, com exatidão, em que local geográfico as partes se encontram.

Este cuidado pode ser observado nos arts. 6.4 e 6.5. Da mesma forma, e pelos mesmos motivos, o art. 10.3 da UNECIC, que define o local de envio e recebimento das comunicações eletrônicas, também o estabelece como sendo aquele do local do estabelecimento. “A razão fundamental dessas regras é que as partes não poderiam ser consideradas como localizadas em dois locais diferentes dependendo do meio utilizados para negociar seus diferentes contratos.”²³¹

O art. 10 da UNECIC também define o momento do envio de uma comunicação (art. 10.1) e o momento de seu recebimento (arts. 10.2 e 10.4). Estas disposições buscam garantir a equivalência funcional das comunicações eletrônicas e relacionam-se com a instantaneidade da Internet.

O momento de envio de uma comunicação é aquele em que ela sai do controle do emitente, ou seja, quando ela deixa o sistema de informação no qual foi originada. Caso a comunicação aconteça em um mesmo sistema de informação, esta será considerada enviada no momento em que for recebida.²³² O momento de recepção, por sua vez, é aquele no qual a mensagem se torna acessível ao destinatário em um endereço por ele designado. Caso esta mensagem seja enviada para outro endereço que não o designado pelo destinatário, será também necessário que este se torne ciente deste fato. A acessibilidade da mensagem é auferida pelo momento em que ela chega no endereço eletrônico do destinatário.

As regras acima explicitadas trariam ao juiz brasileiro chaves interpretativas que o ajudariam a definir a lei aplicável a um contrato internacional eletrônico, mesmo utilizando as anacrônicas regras da LINDB. Pelas primeiras, ele poderia claramente determinar se o caso seria de uma contratação entre ausentes, a depender do tempo de envio e recebimento das comunicações eletrônicas, assim como definir, de forma segura, a localização das partes, encontrando a lei aplicável por meio da regra do art. 9º, §2º da LINDB. Todavia, caso as partes tenham utilizados sistemas de mensagens instantâneas, como uma videoconferência, fazendo com que a contratação possa ser tida como entre presentes, ainda haveria dúvidas

²³¹ No original: “The basic reason for these rules is that a party should not be regarded as being located in two different places depending on the media used for negotiating various contracts.” (FARIA, José Ângelo Estrella. *Legal Aspects of Electronic Commerce: Rules of Evidence, Contract Formation and Online Performance*. Collected Courses of The Xiamen Academy of International Law, The Brill and Martinus Nijhoff, The Hague/London/New York, 2009. p. 90) (tradução nossa)

²³² POLÁNSKI, Paul Przemyslaw. The internationalization of internet law. In: KLABBERS, Jan; SELLER, Mortimer (Ed.). *The Internationalization of Law and Legal Education*. Springer, 2008. p. 116.

quanto ao local de celebração do contrato, demonstrando uma vez mais, que a regra do art. 9º, *caput*, não é adequada ao meio eletrônico.

2.3.1.5 *Recomendação sobre a promoção de confiança no comércio eletrônico*

O último dos documentos elaborados pela UNCITRAL sobre comércio eletrônico foi publicado em 2007, e se dedica à promoção da confiança no comércio eletrônico, tratando sobre os aspectos legais do uso de autenticação eletrônica e métodos de assinatura.²³³

A Recomendação sobre a promoção de confiança no comércio eletrônico é voltada para os legisladores e fomentadores de políticas públicas, principalmente dos países em desenvolvimento, de forma a facilitar seu trabalho no campo da autenticação e do reconhecimento transfronteiriço de assinaturas eletrônicas, assim como servir de referência para futuros trabalhos da UNCITRAL em seu desiderato de harmonização.²³⁴

Trata-se de uma publicação na qual são analisadas as principais questões jurídicas relacionadas com a utilização de assinaturas eletrônicas em transações internacionais. Ela está dividida em duas partes: na primeira se examinam de forma geral alguns métodos existentes para assinatura e autenticação eletrônica, tais como as assinaturas digitais baseadas em criptografia e chaves públicas, a biometria, as contrassenhas, e as assinaturas digitalizadas; na segunda o objetivo é analisar a utilização internacional destes métodos e seu reconhecimento.

2.3.1.6 *Outras iniciativas internacionais relacionadas ao comércio eletrônico*

Como é de se imaginar, não só a UNCITRAL se dedicou a analisar as questões jurídicas relacionadas ao comércio eletrônico em âmbito internacional. A título exemplificativo, podem ser mencionadas outras iniciativas.

A Organização Mundial do Comércio, ainda em 1998, adotou uma Declaração sobre o Comércio Eletrônico Mundial²³⁵ e por ela reconheceu as novas oportunidades por ele geradas, prevendo a elaboração de um grupo de trabalho sobre o tema.

²³³ UNCITRAL. *Promoting confidence in electronic commerce: legal issues on international use of electronic authentication and signature methods*. Vienna: United Nations, 2009. Disponível em <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/08-55698_Ebook.pdf>. Acesso em: 24 maio 2016.

²³⁴ Como definido nas considerações do preâmbulo do documento.

²³⁵ WTO. *The Geneva Ministerial Declaration on global electronic commerce*. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/ecom_e/mindec1_e.htm>. Acesso em 24 maio 2016.

A Conferência da Haia sobre Direito Internacional Privado organizou diversos eventos acadêmicos desde o final da década de noventa com o intuito de analisar os impactos e inter-relações entre comércio eletrônico e Direito Internacional Privado.²³⁶

Em âmbito regional destacam-se a aprovação em 2000 pela União Europeia da Diretiva 2000/31/CE²³⁷, relativa a certos aspectos jurídicos dos “serviços da sociedade da informação”, a VI Conferência Interamericana Especializada sobre Direito Internacional Privado (CIDIP VI)²³⁸, na qual se adotou uma resolução recomendando aos Estados-Membros da Organização dos Estados Americanas a adoção das já mencionadas leis modelo da UNCITRAL (comércio eletrônico e assinaturas digitais), e a CIDIP VII²³⁹, na qual o tema do comércio eletrônico foi proposto pelas delegações do Brasil, México, Uruguai, Estados Unidos, Chile e Peru.

Ainda no âmbito internacional, mas buscando a harmonização por meio da atuação mesma dos parceiros comerciais, destaca-se a iniciativa da Câmara de Comércio Internacional, a qual adotou o Projeto sobre Comércio Eletrônico a fim de criar confiança nas relações comerciais por meio, por exemplo, da adoção dos *ICC eTerms* 2004.²⁴⁰

2.3.2 A escolha pelas partes

Apesar de todos os esforços empreendidos pela UNCITRAL e pelas demais organizações, fato é que ainda se está longe de ter uma solução aceita de forma global. Para que se tenha uma ideia, ainda que a UNECIC tenha entrado em vigor em 1º de março de 2013, apenas 7 Estados a ratificaram.²⁴¹ A situação com relação à LMCE é mais promissora:

²³⁶ HCCH. E-Commerce. *HCCH Website*. Disponível em: <<https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/studies/e-commerce>>. Acesso em: 24 maio 2016.

²³⁷ UNIÃO EUROPEIA. Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce'). *Official Journal* L 178, 17/07/2000, p. 1-16. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0031:En:HTML>>. Acesso em: 24 maio 2016.

²³⁸ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Resolución CIDIP-VI/RES. 6/02*. Reglas en materia de documentos y firmas electrónicos. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/esp/CIDIPVI-Res6-02_esp.htm>. Acesso em: 24 maio 2016.

²³⁹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Informal working group to draft final document(s) on consumer protection*. Report of the coordinator of the informal working group. May 11, 2010. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/CP-CAJP_2874-10_eng.pdf>. Acesso em: 24 maio 2016.

²⁴⁰ ELECTRONIC contracting. *International Chamber of Commerce Website*. Disponível em: <<http://www.iccwbo.org/products-and-services/trade-facilitation/tools-for-e-business/>>. Acesso em: 24 maio 2016.

²⁴¹ São eles, até a presente data, Congo, República Dominicana, Honduras, Montenegro, Rússia, Cingapura e Sri Lanka. (STATUS. United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International

hoje um total de 67 Estados adotaram legislações baseadas na lei modelo; destes, alguns são federações, fazendo com que, de acordo com suas normas de competência legislativa, suas unidades federativas tenham que adotar suas próprias leis, perfazendo um total de 143 jurisdições.²⁴²

Ainda assim, dadas as características da Internet – como a deslocalização, a ubiquidade e a imaterialidade – só uma aceitação maciça da comunidade internacional levaria a uma segurança total nas relações havidas no meio eletrônico. A ausência de uma regulação material uniforme faz com que o problema da determinação do direito aplicável seja incontornável.²⁴³

A solução deve, portanto, passar por uma técnica de Direito Internacional Privado que não dependa da vontade dos Estados e que não seja localizadora: a autonomia da vontade. Assim afirma Uta Kohl:

Um exemplo de conexão em Direito Internacional Privado não focado em localização é a escolha contratual: aqui a conexão com um sistema legal é criada pela escolha feita pelas partes contratantes. Mas isso é uma exceção; exceção em um mundo ordenado por conceitos legais centrados em localização. (tradução nossa)²⁴⁴

Esta solução, que parece simples em um primeiro momento, não o é considerando o sistema jurídico brasileiro. Como visto, a regra que determina a lei aplicável a contratos internacionais no Brasil, o art. 9º da LINDB, não estabelece a possibilidade de que as partes escolham a lei reguladora de sua relação. A ausência de uma regra expressa nesse sentido, além de trazer insegurança jurídica para as partes, faz com que seja necessário demonstrar tanto que se trata de uma posição totalmente anacrônica a do Brasil e, também, que ele está pronto para adotar a regra. É o que se fará na Parte II deste trabalho.

Contracts (New York, 2005). *UNCITRAL Website*. Disponível em: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/electronic_commerce/2005Convention_status.html>. Acesso em 20 maio 2016)

²⁴² STATUS. *UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce (1996)*. *UNCITRAL Website*. Disponível em: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model_status.html>. Acesso em 20 maio 2016.

²⁴³ VICENTE, Dário Moura. *Direito Internacional Privado – Problemática Internacional da Sociedade da Informação*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 90.

²⁴⁴ No original: “An example of a non-location-focused link in private international law is contractual choice: here the link with a legal system is created through the choice made by the contractual parties. But exceptions they are; exceptions to a world ordered by location-centric legal concepts.” (KOHL, Uta. *Jurisdiction and the Internet – Regulatory Competence over Online Activity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 21)

**PARTE II -
A AUTONOMIA DA VONTADE COMO SOLUÇÃO**

3 A AUTONOMIA DA VONTADE NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

3.1 Conceito

A apresentação aqui proposta não tem como objetivo esgotar o debate sobre o conceito de autonomia em Direito Internacional Privado, mas sim proporcionar ao leitor alguns elementos de reflexão sobre o tema, de forma a possibilitar que se alcance uma compreensão mais ampla sobre o significado da autonomia da vontade. Parte-se do princípio de que não se trata apenas do poder conferido pelo Estado às partes para que escolham a lei que será aplicada à sua relação jurídica internacional. As raízes para que se chegue a esta consequência prática são mais profundas.

3.1.1 O conceito de autonomia

Entende-se que a raiz do que se entende por autonomia da vontade em Direito Internacional Privado está no próprio conceito de autonomia.²⁴⁵

A etimologia da palavra autonomia, que é grega, oferece as bases para tal conceituação. Autonomia vem da junção dos termos *auto*, que significa próprio ou si mesmo, e *nomos*, lei ou regra, ou seja, lei de si mesmo, regra própria.²⁴⁶

O primeiro uso da palavra era estritamente político, e estava ligado às cidades-estados gregas, as quais tinha *autonomia* quando seus cidadãos faziam suas próprias leis, e, portanto, ditavam as regras para a condução da vida em comunidade, em oposição às cidades que eram governadas de acordo com as leis estabelecidas por algum poder conquistador.²⁴⁷

De acordo com John M. Cooper, as primeiras ideias relacionando autonomia como um atributo das pessoas teriam sido as de Dion de Prusa, também conhecido como Dion Crisóstomos (40 d.C. - 120 d.C.). Segundo o autor, é possível perceber que Dion defendeu em seu 80º discurso que os filósofos, que viviam à margem da sociedade, seguindo apenas as leis

²⁴⁵ Parte das conclusões apresentadas neste capítulo foi publicada durante o desenvolvimento da pesquisa em artigo na primeira edição dos Cuadernos ASADIP – Jóvenes Investigadores. SILVA, Lucas Sávio Oliveira da. Por uma fundamentação humanista a autonomia da vontade em direito internacional privado. *Cuadernos ASADIP – Jóvenes Investigadores*. Primer semestre 2015, Argentina, ASADIP, 2015. p.167-181.

²⁴⁶ AUTONOMIA. Wikipédia, a enciclopédia livre. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Autonomia>>. Acesso em: 16 maio 2016.

²⁴⁷ DWORIKIN, Gerald. *The Theory and Practice of Autonomy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988. p. 12.

naturais, ou de Zeus, teriam, de fato, autonomia.²⁴⁸ Para o filósofo, não bastava que as próprias cidades-estados fossem autônomas, se seus próprios cidadãos fossem escravos.²⁴⁹ Esta ideia de autonomia ligada à vida de acordo com as leis de Zeus também teria sido desenvolvida pelos Estoicos como maneira pela qual os homens pudessem definir sua conduta, tomarem as próprias decisões e, neste sentido, chegarem a ser autônomos.²⁵⁰

Ainda que as ideias antigas tenham sua relevância, os trabalhos desenvolvidos por Immanuel Kant foram os que mais influenciaram a ideia contemporânea que se tem de autonomia: a partir deles o conceito passa a ser eminentemente visto como uma prerrogativa dos indivíduos. Em “Fundamentação da Metafísica dos Costumes”, Kant define o que chama de autonomia da vontade²⁵¹:

A autonomia da vontade é a propriedade que a vontade possui de ser lei para si mesma (independentemente da natureza dos objetos do querer). O princípio da autonomia é, pois: escolher sempre de modo tal que as máximas de nossa escolha estejam compreendidas, ao mesmo tempo, como leis universais, no ato de querer.²⁵²

Existem, neste conceito, tanto uma noção negativa quanto uma noção positiva de liberdade. A vontade é negativamente livre por estar desprendida de influências externas, sendo independente até mesmo da influência do que possa ser objeto do próprio querer. O é positivamente por atuar de acordo com suas próprias leis.²⁵³ A desvinculação da autonomia de qualquer influência externa explica sua atuação como lei universal. Para Kant, a própria moral compor-se-ia como uma destas leis, fazendo, assim, com que o conceito transcrito seja visto como o de autonomia moral. Interessa, deste conceito, o fato de que o homem, ser racional que é, tem a capacidade de legislar para si mesmo, ditar suas próprias regras de forma a alcançar os fins desejados.

Resumindo a ideia do conceito, John Christman afirma que a “autonomia visa manifestar o autogoverno, a capacidade da pessoa para guiar sua vida a partir de sua própria

²⁴⁸ COOPER, John M. Stoic Autonomy. In: PAUL, Ellen Frankel; MILLER, Fred. D. Jr; PAUL, Jeffrey (Orgs.). *Autonomy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. p. 3 *et seq.*

²⁴⁹ Ressalvada aqui a existência de escravos na Grécia Antiga, que não eram considerados cidadãos já *a priori*.

²⁵⁰ COOPER, *op. cit.*, p. 25.

²⁵¹ Como se verá, o conceito de autonomia da vontade em Kant não significa o mesmo que autonomia da vontade em direito internacional privado. A autonomia da vontade em Kant também é conhecida como autonomia moral ou autonomia Kantiana.

²⁵² KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Trad. Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Companhia Editorial Nacional, 1964. p. 104.

²⁵³ PIPER, Mark. Autonomy: normative. *Internet Encyclopedia of Philosophy*. Disponível em <<http://www.iep.utm.edu/aut-norm/>>. Acesso em: 16 maio 2016.

perspectiva, em vez de ser manipulado por outros, ou ser forçado a um determinado caminho por forças ocultas ou irresistíveis”²⁵⁴.

Gerald Dworkin desenvolve a seguinte concepção de autonomia, sendo:

[...] concebida como uma capacidade de segunda ordem das pessoas de refletir criticamente sobre as suas preferências de primeira ordem, vontades, desejos, e assim por diante, e a capacidade de aceitar ou tentar mudar estes à luz de preferências e valores de ordem superior. Ao exercer tal capacidade, as pessoas definem sua natureza, dão sentido e coerência às suas vidas, e assumem a responsabilidade pelo tipo de pessoa que são. (tradução nossa)²⁵⁵

Esta concepção tem consequências práticas que interessam a própria reflexão sobre a autonomia da vontade em Direito Internacional Privado como aqui pretendida. Ela traz em si a ideia de que não se trata apenas de realizar uma escolha ou governar a si mesmo, mas fazê-lo tendo como referência tanto preferências quanto valores de ordem superior.

Para que exista autonomia é necessário conhecimento. Nenhuma escolha pode ser, de fato, uma escolha, sem a compreensão das opções existentes com relação ao objeto pelo qual se opta, assim como de suas consequências. Não sendo assim, o que se terá será simplesmente uma imposição pelas circunstâncias, ou mesmo a aceitação irrefletida de alguma sugestão externa.

John Benson chama a atenção para o fato de que o homem autônomo deve ter vontade própria e exercer a independência de seu pensamento em busca de decisões práticas. Para tanto, terá que basear-se em informações factuais, que deverão ser avaliadas de forma independente para que forme seu juízo²⁵⁶. Todavia, nem sempre este homem terá a capacidade ou a disponibilidade para acessar os fatos, a verdade, por si mesmo, para posteriormente avaliar os dados obtidos por meio da própria observação. Desta forma, terá que basear sua reflexão para a tomada de decisões nas informações que obtiver de declarações feitas por terceiros que estariam habilitados a acessar, de forma mais acurada, a verdade sobre determinado fato.

²⁵⁴ No original: “autonomy is meant to manifest self-government, the ability of the person to guide her life from her own perspective rather than be manipulated by others or be forced into a particular path by surreptitious or irresistible forces.” (CHRISTMAN, John. *Autonomy, History and the Subject of Justice. Social Theory and Practice*. v. 33, n. 1, 2007. p. 3) (tradução nossa)

²⁵⁵ No original: “autonomy is conceived of as a second-order capacity of persons to reflect critically upon their first-order preferences, desires, wishes, and so forth and the capacity to accept or attempt to change these in light of higher-order preferences and values. By exercising such a capacity, persons define their nature, give meaning and coherence to their lives, and take responsibility for the kind of person they are.” (DWORKIN, Gerald. *The Theory and Practice of Autonomy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988. p. 20)

²⁵⁶ BENSON, John. Who is the Autonomous Man? *Philosophy*. v. 58, n. 223, jan. 1983. p. 6.

Este seria o caso, como exemplifica o autor, da tomada de decisão sobre fumar ou não. Como a relação entre o fumo e os mais variados tipos de câncer envolvem fatos e análises que vão além das capacidades e conhecimento de uma pessoa que não esteja diretamente envolvida nas pesquisas científicas que tentam provar essa relação, ela poderá basear-se simplesmente na opinião do Estado, que afirma que o cigarro faz mal à saúde, ou ir além e analisar por si só os resultados das pesquisas realizadas sobre o assunto. A impossibilidade de realizar todas as pesquisas por si só, chegando aos fatos sem qualquer mediação, não altera a autonomia na tomada de decisão:

O objetivo de pensar sobre uma questão por si mesmo é maximizar a sua chance de ter uma convicção verdadeira justificada, e assim, tendo em conta as limitações das investigações em primeira mão, a avaliação da declaração terá um importante papel no pensamento do pensador crítico. (tradução nossa)²⁵⁷

Para o autor, a aceitação das declarações feitas por terceiros deve se dar na medida em que se tenha boas razões para acreditar que o autor da declaração tem acesso à verdade por si só ou, ao menos, por meio de outras declarações que ele seja capaz de avaliar como sendo confiáveis.²⁵⁸

Este aspecto da autonomia é de grande relevância para o estudo da autonomia da vontade em contratos internacionais B2B. Na prática, as sociedades empresárias podem ser compreendidas como sendo fruto do trabalho intelectual e braçal de várias pessoas físicas, que se organizam para cumprir com um objeto social. O conhecimento dessas pessoas, em suas respectivas áreas de expertise, é o elemento capaz de fazer com que as escolhas dos administradores da sociedade, com poderes para obrigá-la perante terceiros, sejam autônomas. A reflexão sobre as opções existentes no mercado e a escolha do melhor caminho a ser seguido para alcançar o objetivo da sociedade fazem parte da rotina da empresa.

Neste sentido, a própria sociedade estará em melhor condição para fazer uma escolha do que o Estado. Quando se trata optar por uma lei que será aplicável a suas relações jurídicas internacionais, a possibilidade de contar com a assessoria de advogados especializados toma contornos de elemento essencial para a decisão. O conhecimento dos advogados com relação

²⁵⁷ No original: “The point of thinking about a matter for oneself is to maximize one's chance of having a justified true belief, and so, in view of the limitations of first-hand investigations, a large part must be played in the thought of the critical thinker by the assessment of testimony”. (BENSON, John. Who is the Autonomous Man? *Philosophy*. v. 58, n. 223, jan. 1983. p. 7)

²⁵⁸ *Ibidem*. p. 8.

à legislação que poderia ser aplicável ao contrato, seja ela de origem estatal, seja ela convencional, ou mesmo sua capacidade para avaliar a opinião de outros especialistas com relação a determinada lei com a qual não estejam familiarizados, é de importância vital para que os negócios das empresas sejam conduzidos de forma a resguardar seus próprios interesses.

Nesse contexto, uma escolha realizada pelo Estado, que provavelmente só seria conhecida de fato quando da existência de um litígio, quando o juiz estatal aplicaria suas normas de Direito Internacional Privado para a aferição da lei aplicável, significa um risco que deve ser evitado. As especificidades das possíveis leis aplicáveis podem fazer, por exemplo, com que determinada conduta, realizada durante toda a execução do contrato, e considerada legítima por uma das partes, seja ilegal de acordo com a lei aplicável definida pela regra estatal no caso de decisão judicial do conflito. Assim, saber de antemão quais são as regras aplicáveis à relação jurídica que se desenvolverá ao longo do tempo também significa evitar surpresas desagradáveis no futuro, elemento essencial da segurança jurídica que se busca ao firmar um contrato. Tal possibilidade só existe em sua plenitude quando a escolha da lei é realizada pelas próprias partes, com a autonomia que lhes deve ser reconhecida.

3.1.2 Uma diferenciação necessária

Antes de prosseguir com o estudo dos fundamentos da autonomia da vontade em Direito Internacional Privado, necessário se faz diferenciá-la do conceito de autonomia privada, próprio do Direito Civil.

Em linhas gerais, a noção de autonomia da vontade em direito internacional privado está relacionada com a prerrogativa conferida pelo Estado de que as pessoas, naturais ou jurídicas, quando em uma relação jurídica transnacional, escolham qual será a lei aplicável a reger os direitos e obrigações envolvidos. Assim, tal conceito também pode ser descrito como autonomia da vontade conflitual.

O conceito de autonomia privada ou autonomia material, por outro lado, está ligado à possibilidade conferida às partes de definir o conteúdo das obrigações que assumem entre si e, por este viés, relaciona-se intrinsecamente ao direito contratual. Seu escopo de aplicação é comumente ligado à ordem interna, já que se desenvolve segundo um ordenamento jurídico concreto.

De acordo com Nadia de Araujo, na:

[...] ordem interna, *autonomia* significa que as partes podem fixar livremente o conteúdo dos contratos dentro dos limites da lei, ou seja, em face das normas imperativas e da ordem pública. É o poder reconhecido pela ordem jurídica aos indivíduos de criar situações jurídicas. (grifos no original)²⁵⁹

A autonomia material confere a capacidade de criar normas substanciais e, inclusive, excluir normas do ordenamento que incide sobre a relação jurídica, bastando para isso a adoção de normas contrárias.²⁶⁰ Seria possível, ainda, estabelecer a incorporação de normas de outros ordenamentos, seja por referência ou por transcrição das normas no contrato.

A autonomia privada pode, ainda, ser vista dentro do conceito mais amplo da liberdade de contratar. Caio Mário da Silva Pereira desenvolve este raciocínio, afirmando que vigora, em primeiro lugar, a faculdade de contratar ou não; em segundo, a faculdade de decidir com quem contratar e, ainda, que tipo de negócio jurídico efetuar; somente em terceiro lugar estaria a liberdade de definir o conteúdo do contrato segundo a conveniência dos contratantes.²⁶¹

Cabe ressaltar que em um contrato internacional a autonomia material também será exercida pelas partes, uma vez que é:

[...] universalmente admitido que as partes podem estabelecer o conteúdo material do contrato, por meio das cláusulas que as convenham, sempre dentro do marco do direito material competente para regular dito contrato (esse direito competente será o eleito pelo legislador por meio das normas de conflito aplicáveis, ou eventualmente pelas próprias partes, caso o legislador tenha admitido a autonomia da vontade conflitual).²⁶²

²⁵⁹ ARAUJO, Nadia de. *Contratos Internacionais: Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 49.

²⁶⁰ GAITÁN, Manuel Guerrero. Legislación Aplicable a los Contratos Internacionales de Transferencia de Tecnología. *Revista la Propiedad Inmaterial*, n. 14, 2010. p. 144.

²⁶¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. III, Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 19 *et seq.*

²⁶² No original: “Es universalmente admitido que las partes pueden establecer el contenido material del contrato, a través de las cláusulas que ellas convengan, siempre dentro del marco del derecho material competente para regular dicho contrato (ese derecho competente será el elegido por el legislador a través de las normas de conflicto aplicables, o eventualmente por las propias partes, en caso que el legislador haya admitido la autonomía de la voluntad conflitual).” (AGUIRRE, Cecilia Fresnedo de; ARROYO, Diego P. Fernández. Obligaciones contractuales: aspectos generales. In: ARROYO, Diego P. Fernández (Coord.). *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*. Buenos Aires: Zavalía Editor, 2003. p. 975)

Desta forma, nos casos em que a autonomia da vontade foi conferida às partes como prerrogativa pelo legislador, a escolha da lei aplicável precederá, de forma lógica, a definição do escopo material do contrato feita por estas.

Para Antonio Boggiano, as partes, no exercício de sua autonomia material em contratos internacionais, poderiam, até mesmo, excluir normas imperativas do direito eleito como aplicável, bastando que incorporassem ao contrato normas materiais contrárias àquelas, conforme já mencionado.²⁶³

Ressaltar a diferença existente entre os conceitos de autonomia privada e de autonomia da vontade, como neste trabalho desenvolvido, cumpre ainda o importante papel de demonstrar que a escolha da lei aplicável trasborda as questões contratuais trazidas pela autonomia material. Não à toa a possibilidade de escolha da lei aplicável vem se tornando realidade em áreas antes inimagináveis, como o direito de família.

O só fato de uma relação jurídica poder, por seu caráter internacional, ser regulada pelas leis de mais de um ordenamento jurídico já faz com que ela não esteja intrinsecamente e *a priori* ligada a nenhum deles. Se, por um lado, relações privadas puramente domésticas não têm o poder de transpor as fronteiras estatais, estando confinadas e sendo conformadas pelas leis do Estado no qual ocorrem, as relações privadas internacionais são, por regra, transfronteiriças. E este é o elemento básico para que possa ser dada aos indivíduos a prerrogativa de definir qual será a lei aplicável ao caso pluriconectado.

3.1.3 O que significa a escolha da lei aplicável

Em 19 de março de 2015, a Conferência da Haia de Direito Internacional Privado (“Conferência da Haia”) aprovou seu primeiro instrumento normativo de *soft-law*, os Princípios sobre a Escolha da Lei Aplicável em Contratos Comerciais Internacionais (“Princípios da Haia”), que “refletem com exatidão a relevância com que a matéria é tratada em um número considerável de Estados”²⁶⁴. Conforme afirma o Secretário Geral da Conferência da Haia, Christophe Bernasconi, estes “devem ser considerados como um código internacional de boas práticas atuais com relação à autonomia da vontade em contratos

²⁶³ BOGGIANO, Antonio. *Derecho Internacional Privado: Teoría General – Derecho Procesal Internacional – Derecho Civil Internacional*. t. I. 5. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006. p. 502.

²⁶⁴ ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira*. 6. ed. Porto Alegre: Revolução eBook, 2016. (Ebook, parte V, cap. 19)

comerciais internacionais”²⁶⁵. De fato. Basta verificar a lista dos especialistas que participaram do Grupo de Trabalho que ficou responsável pela elaboração dos Princípios para se constatar sua heterogeneidade e variada origem, sendo devidamente representadas as mais variadas tradições jurídicas.²⁶⁶

Os Princípios da Haia sintetizam com destreza o que significa a escolha da lei pelas partes em um contrato comercial internacional, ou seja, em um contrato B2B com elementos de estraneidade, tal qual estudado neste trabalho. Seguindo a ordem de apresentação nos Princípios, pode-se compreender (i) o que está excluído da escolha de lei feita pelas partes; (ii) a possibilidade de escolha de mais de uma lei pelas partes; (iii) o tipo de norma que pode ser escolhida, ao menos *a priori*; (iv) o escopo e extensão da escolha feita pelas partes; e (v) os limites da escolha.²⁶⁷

Certos aspectos em que não há consenso sobre o caráter contratual ou sobre a possibilidade de que sejam objeto de escolha pelas partes foram excluídos do âmbito de aplicação dos Princípios da Haia (art. 1(3)). São eles a capacidade das pessoas físicas, cláusulas compromissórias e de escolha de foro, questões relativas a sociedades empresárias e outras coletividades, falência, o efeito dos contratos quanto a questões de propriedade, e a questão sobre a possibilidade de que um agente obrigue o proponente perante terceiros. Ainda que a exclusão de que tratam os Princípios da Haia seja em relação à aplicação dos próprios princípios, esta pode ser entendida como um guia geral sobre o que se considera excluído do poder de escolha das partes quanto à lei aplicável.

Como questão incidental que pode ser arguida quando da análise da validade de um contrato está a capacidade, ou seja, o poder para atuar e firmar contratos de forma independente, o que inclui a própria escolha da lei. A exclusão se explica pelo fato de que, em determinados Estados, a capacidade é tida como uma questão relacionada ao estatuto pessoal, e não algo que possa ser contratualmente definido. Sendo assim, é possível afirmar que, de maneira geral, a escolha de lei feita pelas partes não afetará a lei aplicável para regular questões de capacidade, relacionadas aos mecanismos legais ou judiciais para autorização,

²⁶⁵ BERNASCONI, Christophe. Foreword. In: THE HAGUE. *Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts*. Hague: The Hague Conference on Private International Law, 2015. p. 7.

²⁶⁶ Professores e pesquisadores de mais de 15 países distintos participaram dos trabalhos, incluindo um brasileiro, Lauro Gama Jr., advogado especialista em Direito Internacional e arbitragem comercial e Professor Associado da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

²⁶⁷ Toda a análise que segue tem como base os comentários realizados pelo próprio Grupo de Trabalho que elaborou os Princípios da Haia, por ser o mais autêntico e fidedigno trabalho a este respeito disponível. (THE HAGUE. *Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts*. Hague: The Hague Conference on Private International Law, 2015)

nem os efeitos concernentes à possível ausência de capacidade para a validade da escolha de lei.

Não há consenso sobre o caráter procedimental ou substantivo da validade da escolha de foro ou da exclusão da jurisdição estatal por meio da assinatura de cláusulas compromissórias (cláusulas arbitrais), o que inclui questões relativas a fraude, erro, ausência de poder ou, ainda, coação. Enquanto em alguns Estados se considera que tais questões devem ser resolvidas pela *lex fori* ou pela *lex arbitri*, devido ao seu caráter procedimental, em outros, por serem consideradas questões materiais, a resposta será dada pela lei aplicável à arbitragem ou à própria escolha de foro. Natural, assim, que não esteja dentro do poder de escolha conferido às partes.

Questões relativas à organização e constituição de sociedades empresárias e quaisquer outras coletividades, tais como associações, fundações ou cooperativas, o que inclui criação, representação, processos decisórios e mesmo dissolução ou as mais variadas formas de reorganização societária, são geralmente tratadas de forma específica pelas normas de Direito Internacional Privado estatais. A solução mais comum é a de que a lei do Estado de constituição destas entidades coletivas, *lato sensu*, seja a aplicável para estas questões, sendo impossível que as próprias partes tenham qualquer ingerência neste sentido.

Os efeitos da falência nos contratos também é algo que se excluiu do âmbito de aplicação dos Princípios da Haia. Da mesma forma, pode-se afirmar que a escolha de lei realizada pelas partes não afetará a forma como os contratos serão tratados durante o processo de insolvência, ou mesmo a capacidade do administrador da falência em estabelecer novas relações contratuais.

Questões relativas aos efeitos dos contratos quanto à propriedade dos bens neles envolvidos também foram excluídas. Desta forma, a regulação existente com a escolha das partes diz respeito aos direitos mútuos estabelecidos entre as partes, e não aos direitos *in rem* criados pelo contrato.

Por fim, aspectos externos da relação de agência também foram excluídos do âmbito de aplicação dos princípios. O que se suprime é a possibilidade de escolha quanto à extensão do poder do agente para obrigar o proponente perante terceiros, além de outras questões relativas à possibilidade de ratificação de atos *ultra vires* ou a vinculação do proponente em

casos de poder aparente do agente, questões geralmente ditadas pela lei do local onde o agente exerce suas atividades.²⁶⁸

Superada a questão sobre o que se exclui do âmbito de aplicação dos Princípios da Haia, e, portanto, da própria capacidade de escolha pelas partes de uma maneira geral, como aqui proposto, passa-se a tratar sobre o que está no poder das partes de escolher. O primeiro aspecto diz respeito à possibilidade de que elas não só escolham a lei aplicável, mas possam optar por mais de uma lei para regular as diferentes questões existentes em sua relação jurídica, o chamado *depeçage*. Ou seja, diferentes leis podem regular diferentes partes do contrato. Pode, ainda, ser o caso de a escolha recair apenas sobre parte do contrato, o que significa que o restante será regulado pela lei subsidiária, aplicável na ausência de escolha pelas partes (art. 2(2)).

Outra questão relativa à possibilidade de escolha das partes diz respeito ao tipo de norma que pode ser escolhido. De acordo com os Princípios da Haia, não são apenas as leis estatais que podem ser escolhidas, mas também “regras de direito geralmente aceitas a nível internacional, supranacional ou regional como um conjunto neutro e equilibrado de regras, a menos que a lei do foro disponha em contrário”²⁶⁹, conforme estabelece literalmente seu art. 3. Exemplo de uma escolha nesse sentido seria a dos Princípios UNIDROIT. A ressalva quanto à lei do foro é pertinente: caso o juiz responsável por resolver determinado litígio envolvendo o contrato não esteja habilitado de acordo com sua própria lei a aplicar que não lei estatais, a escolha das partes será desconsiderada, aplicando-se então a lei apontada pelas normas de Direito Internacional Privado do foro.

Ficam, ainda, duas perguntas a serem respondidas: o que de fato as partes escolhem ao determinar a lei aplicável? Quais são os limites dessa escolha? Os arts. 9 e 11 dos Princípios da Haia fornecem as respostas.

De acordo com o art. 9, a lei escolhida pelas partes regulará todos os aspectos do contrato, durante toda a relação contratual, do início ao fim, e incluirá, dentre outros aspectos: a interpretação do contrato; os direitos e obrigações dele oriundos; a execução do contrato e as consequências advindas de seu descumprimento, incluindo a verificação quanto aos danos;

²⁶⁸ Essa é, por exemplo, a solução da própria Convenção da Haia sobre Lei Aplicável a Agência, de 14 de março de 1978.

²⁶⁹ No original: “rules of law that are generally accepted on an international, supranational or regional level as a neutral and balanced set of rules, unless the law of the forum provides otherwise.” (THE HAGUE. *Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts*. Hague: The Hague Conference on Private International Law, 2015) (tradução nossa)

as variadas formas de extinção das obrigações contratuais, tais como prescrição e prazos; a validade e as consequências da invalidade do contrato (sem a exclusão, de acordo com o parágrafo 2, de que normas relativas à forma do contrato sejam aplicadas); o ônus da prova e outras presunções legais; além das obrigações pré-contratuais.

O limite natural estabelecido pelos Princípios de Haia está nas noções de disposições imperativas (*overriding mandatory rules*) e de ordem pública. Ocorre que a autonomia da vontade não é absoluta e encontra limitação em outras normas consideradas fundamentais no foro, que serão aplicadas independentemente da escolha feita pelas partes (normas imperativas), ou que não podem ser descumpridas por vontade das partes (normas de ordem pública). Caberá à *lex fori* a definição da prerrogativa do juiz em aplicar normas imperativas estrangeiras (art. 11(2)), ou considerar a noção de ordem pública existente em outro Estado cuja lei seria aplicável na ausência de escolha pelas partes (art. 11(4)). No mesmo sentido, não se poderia impedir que os árbitros apliquem ou levem em consideração questões de ordem públicas ou normas imperativas caso lhes seja requerido ou permitido (art. 11(5)).

Como se verá, a sofisticação dos Princípios da Haia é resultado da história que envolve a noção de autonomia da vontade em Direito Internacional Privado.

3.2 Origem e desenvolvimento

3.2.1 As primeiras manifestações

De acordo com Friedrich Juenger, a noção de que as partes têm o poder de controlar a escolha da lei aplicável remonta à Antiguidade, mais precisamente ao Egito Ptolomaico:

Uma múmia encontrada em um cemitério de crocodilos foi recheada com papiros inscritos com uma série de decretos promulgados em 120-118 a.C., um dos quais tratava sobre a jurisdição dos tribunais gregos e egípcios. Segundo Lewald, o decreto, que permitia aos egípcios processar gregos em matéria de contratos redigidos na língua egípcia em tribunais egípcios, continha uma regra implícita de escolha da lei. Ao especificar a língua como o elemento de conexão para a definição da competência, se reconheceu implicitamente o princípio da autonomia da vontade: ao escolher a língua, as partes poderiam selecionar o tribunal e, indiretamente, a lei aplicável. (tradução nossa)²⁷⁰

²⁷⁰ No original: “A mummy found in a crocodile cemetery was stuffed with a papyrus inscribed with a series of edicts promulgated in 120-118 B.C., one of which dealt with the respective jurisdiction of Greek and Egyptian

Para Juenger, porém, o primeiro reconhecimento explícito do princípio da autonomia da vontade teria ocorrido na Idade Média, durante o Século IX. As tribos germânicas que conquistaram o Império Romano não impuseram suas leis, mantendo as normas dos povos conquistados. Assim, nos territórios antes romanos, passaram a conviver pessoas que se submetiam a diferentes leis, de acordo com sua origem. Todavia, com o passar do tempo e a miscigenação da população, passou a ser difícil definir a nacionalidade de uma determinada pessoa. Assim, criou-se a regra do *professio iuris*, uma declaração da origem étnica que seria fictamente utilizada com o propósito de definir a lei que queriam aplicar a suas transações.²⁷¹

Apesar destas manifestações anteriores, que significavam na prática uma solução para escolha da lei aplicável que passava pela escolha das partes, Charles Dumoulin, advogado parisiense que viveu entre 1500 e 1566, teria sido o primeiro a introduzir de fato a teoria da autonomia da vontade. Em 1525, Dumoulin escreveu um dos pareceres mais famosos em matéria de Direito Internacional Privado da história, o *Consilium 53*.²⁷² Nesta época, ainda que a França já houvesse passado pela unificação de seus territórios feudais, transformando-se em uma monarquia nacional, as leis variavam de província para província²⁷³, sendo, portanto, terreno fértil para questões envolvendo a determinação da lei aplicável aos casos que envolvessem, em potencial, diplomas normativos de mais de uma província.

Neste contexto, Dumoulin foi chamado a dar um parecer no *Affaire Ganey*, no qual havia dúvida sobre a aplicação da lei de Paris ou da lei de Lyon para o regime de bens do casal Ganey, uma vez que, casados em Paris, e ali tendo estabelecido seu domicílio, Sr. Ganey terminou por adquirir propriedades em Lyon. De acordo com as leis de Paris à época, os bens adquiridos durante a constância do casamento passavam a ser bens comuns do casal; já em Lyon, a regra era a da separação de bens. Procurado pelos herdeiros da Sra. Ganey, Dumoulin defendeu a tese de que as partes podiam definir a lei aplicável ao regime de seus bens, uma questão, como sustentou, contratual. “Quando esta eleição fosse expressa, devia ser

courts 26. According to Lewald, that edict, which permitted Egyptians to sue Greeks on contracts drafted in the Egyptian language in Egyptian courts, contained an implied choice-of-law rule. In specifying language as the pertinent connecting factor for jurisdictional purposes, it implicitly recognized the principle of party autonomy: by choosing the language, the parties could select the court and, indirectly, the applicable law.” (JUENGER, Friedrich K. *General course on private international law*. Recueil des Cours – Académie de Droit International de la Haye, T. 193, 1985. p. 137)

²⁷¹ *Ibidem*. p. 139.

²⁷² JUENGER, Friedrich K. Marital Property and the Conflict of Laws: A Tale of Two Countries. *Columbia Law Review*, v. 81, n. 5, jun., 1981. p. 1062.

²⁷³ POTTER, David. *A History of France, 1460-1560 – The emergence of a Nation State*. London: Macmillan, 1995. p. 5 *et seq.*.

respeitada, e, quando tácita, interpretada.”²⁷⁴ Por ter se casado em Paris, e ali estabelecido seu domicílio, haveria uma escolha tácita do casal Ganey pela lei desta província, prevalecendo, portanto, a comunhão de bens.

A tese de Dumoulin foi reconhecida três anos depois pelo *Parlement de Paris*, que decidiu a favor de seus clientes. O entendimento de que as partes podem definir a lei aplicável ao regime de bens, sendo reconhecida a intenção tácita na falta de definição explícita, prevalece na França até os dias atuais²⁷⁵.

A solução encontrada por Dumoulin, porém, não foi de todo original. Há registro de dois momentos anteriores na História em que se reconheceu a prerrogativa de que as partes escolham qual lei gostariam que regesse seu regime de bens. Segundo Juenger:

A surpreendente capacidade de resistência das ideias de Dumoulin podem ser parcialmente explicadas pelo fato de que elas estavam bem arraigadas na história. Tanto o problema quanto a solução proposta por Dumoulin já haviam sido antecipadas pelas *Siete Partidas* publicadas por Alfonso el Sabio em 1.265, mais de dois séculos e meio antes do Consilium 53. (tradução nossa)²⁷⁶²⁷⁷

As *Siete Partidas* estabeleciam exatamente a prevalência da escolha feita pelas partes ao estabelecer seu contrato matrimonial, no caso de alteração de domicílio dos cônjuges. A prevalência da lei do local de celebração do casamento se imporia em caso de ausência de escolha, sendo utilizada em detrimento da lei do local em que passassem a residir.²⁷⁸

Juenger cita, ainda, um caso anterior que comprova a ausência de originalidade do pensamento de Dumoulin. Ainda durante o Século XI, notários espanhóis já teriam reconhecido a capacidade das partes quanto à escolha da lei aplicável. Rodrigo Diaz de Bivar, um castelhano da cidade de Burgos, conhecido como El Cid, teria doado imóveis castelhanos em arras para sua esposa, a leonesa Jimena Diaz, de acordo com a lei do foro da província de

²⁷⁴ ARAUJO, Nadia de. *Contratos Internacionais: Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 57.

²⁷⁵ JUENGER, Friedrich K. Marital Property and the Conflict of Laws: A Tale of Two Countries. *Columbia Law Review*, v. 81, n. 5, jun., 1981. p. 1062-1063.

²⁷⁶ No original: “The surprising staying power of Dumoulin's ideas may be partially explained by the fact that they were well rooted in history. Both the problem and Dumoulin's proposed solution had been anticipated in the *Siete Partidas* published by Alfonso el Sabio in 1265, more than two and a half centuries before the Consilium 53.” (JUENGER, Friedrich K. Marital Property and the Conflict of Laws: A Tale of Two Countries. *Columbia Law Review*, v. 81, n. 5, jun., 1981. p. 1065)

²⁷⁷ Afonso X foi rei de Castela e Leão entre 1252 e 1284, quando veio a falecer. Castela e Leão veio, posteriormente, no século XVI, a fazer parte do Reino da Espanha.

²⁷⁸ JUENGER, *op. cit.* p. 1065.

Léon.²⁷⁹ As arras constituíam uma doação feita pelo homem à mulher em razão do casamento.²⁸⁰ Juenger chega a brincar, ao afirmar que, se o Sr. Ganey tivesse sido aconselhado por notários tão hábeis quanto os que aconselharam El Cid, a família Ganey teria economizado os honorários de Dumoulin.²⁸¹

3.2.2 A teoria da autonomia da vontade e sua negação

Dumoulin era um advogado e, com razão, queria satisfazer seus clientes e ganhar a ação por eles proposta.²⁸² Niboyet relembra este fato para afirmar que, na verdade, seria apenas este o objetivo de Dumoulin, e não o estabelecimento de uma teoria da autonomia da vontade:

Nem Dumoulin, nem seus sucessores, perceberam, ou, ao menos, abordaram francamente o problema das chamadas leis obrigatórias em matéria de contratos, ou seja, leis que, no direito interno, vão além do acordo entre as partes. Eles lançaram um germe que a prática recolheu e cujos efeitos só se produziram completamente mais tarde, no século XIX. Até então, na verdade, talvez seja um exagero falar de uma *teoria da Autonomia da Vontade*, sendo mais preciso dizer que se considera alguma *eficácia da Vontade*, o que não é exatamente a mesma coisa, e tão somente para lutar contra os estatutos territoriais. (tradução nossa)²⁸³

De acordo com Niboyet, foi no Século XIX que uma verdadeira teoria geral da autonomia da vontade teria se desenvolvido. Ela significaria a possibilidade de as partes decidirem a lei estatal à qual submeteriam determinado contrato havido entre elas. Tal submissão poderia, inclusive, redundar na anulação do contrato de acordo com a lei escolhida, vez que a subordinação seria total e incluiria as normas imperativas do respectivo Estado. Dar às partes a prerrogativa de escolher, por elas mesmas, a lei aplicável é, segundo o autor, um

²⁷⁹ JUENGER, Friedrich K. Marital Property and the Conflict of Laws: A Tale of Two Countries. *Columbia Law Review*, v. 81, n. 5, jun., 1981. p. 1065, nota 39.

²⁸⁰ NEVOT, José Antonio López. *La aportación marital en la historia del derecho castellano*. Almeria: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Almeria. 1998. p. 65.

²⁸¹ JUENGER, *op. cit.* p. 1065

²⁸² NIBOYET, J. P. *La théorie de l'autonomie de la volonté*. Recueil des Cours – Académie de Droit International de la Haye, T. 16, 1927. p. 9

²⁸³ No original: “Ni Dumoulin, ni ses successeurs n'ont aperçu, ou n'ont, du moins, franchement abordé le problème des lois dites impératives dans le domaine des contrats, c'est-à-dire des lois qui, en droit interne, sont en dehors de la convention des parties. Ils ont lancé un germe que la pratique a recueilli et dont les effets complets ne se produiront que plus tard, soit au xixe siècle. Jusque-là, en effet, il est peut être exagéré de parler d'une *théorie de l'Autonomie de la Volonté*, mais plus exact de dire qu'on envisage une certaine *efficacité de la volonté*, ce qui n'est pas tout à fait la même chose, et cela seulement pour lutter contre la territorialité des statuts.” (NIBOYET, J. P., *op. cit.* p. 12.) (grifos no original)

meio elegante de se esquivar da grande dificuldade que pode ser a definição de maneira satisfatória da lei aplicável.²⁸⁴

A obra de Niboyet sobre o tema foi escrita em 1927. Nela o autor deixa clara sua opinião, ao afirmar que “[...] não existe uma *teoria da autonomia da vontade*, porque não existe *autonomia*. Temos cometido o erro, por culpa deste excelente advogado que foi Dumoulin, de tomar a *simples liberdade contratual* como uma *pseudoautonomia*”²⁸⁵.

Levando em consideração os conceitos analisados no item 3.1.2 acima, Niboyet entendia haver confusão entre autonomia privada e autonomia da vontade, quando em realidade se tratava apenas da autonomia privada das partes, a liberdade contratual. Para ele, não haveria motivos para que a liberdade em direito internacional fosse de qualquer maneira maior que a liberdade já conferida às partes em direito interno.²⁸⁶ De acordo com o autor, muitas vezes tomamos a aparência como realidade: a escolha de uma lei em um contrato não seria a adoção de uma lei estrangeira. Isso porque:

A vontade das partes não é elevada ao patamar de poder soberano autônomo, paralelo ao do legislador; as partes simplesmente têm alguma liberdade contratual dentro dos limites estabelecidos pela legislação pertinente. E, quando elas a utilizam, agem somente dentro dos limites desta liberdade. Na verdade, elas nunca têm qualquer autonomia, considerada como o poder de escolher uma lei competente ou de resolver um conflito de leis. A lei estrangeira não intervém mais que como na qualidade de direito material, não como direito internacional.²⁸⁷

A posição de Niboyet, acompanhada por outros autores a ele contemporâneos²⁸⁸, terminou não prosperando. Atualmente, mais que teoria, a autonomia da vontade é tida como verdadeiro princípio de Direito Internacional Privado. Como afirma Peter Nyght, “hoje a liberdade das partes de um contrato internacional para escolher a lei aplicável e seu corolário,

²⁸⁴ NIBOYET, J. P. *La théorie de l'autonomie de la volonté*. Recueil des Cours – Académie de Droit International de la Haye, T. 16, 1927. p. 13.

²⁸⁵ No original: “[...] il n'y a pas de *théorie de l'autonomie de la volonté*, parce qu'il n'y a pas *d'autonomie du tout*. On a eu le tort, par la faute de cet excellent avocat que fut Dumoulin, de prendre la *simple liberté des conventions* pour une *pseudo autonomie*.” (*Ibidem*. p. 112) (tradução nossa, grifos no original)

²⁸⁶ *Ibidem*. p. 50.

²⁸⁷ No original: “La volonté des contractants n'est pas élevée au rang de pouvoir souverain autonome, parallèle à celui du législateur; les parties ont tout simplement une certaine liberté de convention dans les limites fixées par la loi compétente. Et quand elles en usent, elles agissent seulement dans les limites de cette liberté. Pour tout dire, elles n'ont jamais aucune autonomie, considérée comme le pouvoir de choisir une loi compétente ou de résoudre elles-mêmes un conflit de lois. La loi étrangère n'intervient, ici encore, qu'en qualité de droit matériel, et non pas à titre de droit international.” (*Ibidem*. p. 59-60)

²⁸⁸ Ver sobre isso, a lista feita pelo próprio autor. *Ibidem*. p. 14.

escolher o foro, judicial ou arbitral, para a resolução de suas controvérsias oriundas deste contrato, é quase universalmente reconhecida”²⁸⁹.

Como se verá, o corrente reconhecimento da autonomia da vontade vai muito além das relações contratuais típicas.

3.2.3 *Afirmção e expansão do princípio da autonomia da vontade*

Em meados do Século XIX, os contratos internacionais passaram, de fato, a regular o fluxo comercial entre os países. Isso só foi possível com a invenção dos barcos a vapor, que agilizaram os transportes e, ao mesmo tempo, possibilitaram a profissionalização do transporte de carga, e também, que as compras e vendas se dessem diretamente entre os comerciantes, com posterior contratação do transporte. Até então, só o transporte era, de fato, internacional, e não a compra e venda: os produtores traziam suas mercadorias para os portos e ali as disponibilizavam para os compradores, que terminavam por exercer as funções de dono do navio e comerciante ao mesmo tempo²⁹⁰. Então:

Nesse momento, começaram a surgir as situações práticas que puseram em relevo a questão jurídica específica da validade da execução de um contrato efetivamente internacional, obrigando partes, juízes e advogados envolvidos a empreender uma análise da lei aplicável.²⁹¹

Christian Kohler chama atenção para outro fator que teve especial relevância para o desenvolvimento e afirmação da teoria da autonomia da vontade durante o Século XIX: a gradual liberdade adquirida pelo comércio e pela indústria em relação às estruturas restritivas, e até mesmo autoritárias, dos séculos antecedentes.²⁹² O liberalismo ganhou força, sendo a liberdade contratual um de seus indícios mais significativos. A autonomia privada, como possibilidade de definição dos conteúdos do contrato dentro dos limites da lei, teve como consequência quase lógica a possibilidade de que, em um contexto internacional, se pudesse

²⁸⁹ No original: “Today the freedom of the parties to an international contract to choose the applicable law and its corollary, to choose the forum, judicial or arbitral, for the settlement of their disputes arising out of such contract is almost universally acknowledged.” (NYGHT, Peter. *Autonomy in international contracts*. Oxford: Clarendon Press, 1999. p. 13. *Apud* ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira*. 6. ed. Porto Alegre: Revolução eBook, 2016. Parte V, Cap. 19)

²⁹⁰ ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira*. 6. ed. Porto Alegre: Revolução eBook, 2016. Parte V, Cap. 19.

²⁹¹ *Ibidem*. Parte V, Cap. 19.

²⁹² KOHLER, Christian. *Autonomie de la Volonté en Droit International Privé: Un Principe Univerel entre Libéralisme et Etátisme*. *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye*, T. 359, 2012. p. 328.

mesmo definir que lei ditaria os tais limites. “De fato, a faculdade de escolher a ‘lei do contrato’ em si poderia ser compreendida como um prolongamento da autonomia privada (*Privatautonomie*) dos operadores econômicos.”²⁹³

O reconhecimento desta ampliação da liberdade privada na ceara internacional não ocorreu sem alguma hesitação por parte dos autores do Século XIX. Savigny, por exemplo, afirmava que a autonomia das partes estava na “escolha” que elas faziam em relação aos pontos de conexão. Neste sentido, ao optar pelo local de assinatura ou execução do contrato, estariam escolhendo a lei aplicável²⁹⁴, o que, na verdade, não é de fato uma escolha da lei aplicável no sentido do que se deve entender por autonomia da vontade. Afinal, o local de contratação, ou mesmo de execução, decorre do contexto fático de negociação e cumprimento dos contratos, não sendo possível inferir que as parte os tenham elegido com vistas à aplicação de tal ou qual lei.

Mancini, mais liberal que Savigny neste sentido, afirmava que a ordem jurídica deveria garantir o acordo entre a liberdade privada individual e o poder social, sendo que este encontraria seus limites na “liberdade inofensiva” e legítima dos indivíduos. A escolha da lei seria, justamente, uma expressão dessa liberdade inofensiva, que o Estado não teria interesse impedir. Não à toa, e por influência do pensamento de Kant, a teoria de Mancini foi positivada nas disposições preliminares do Código Civil Italiano de 1865, que claramente estabelecia o poder das partes de nacionalidades diferentes de escolher a lei aplicável a seus contratos.²⁹⁵

Com o passar do tempo, a aceitação do princípio da autonomia da vontade foi ganhando força. Um dos casos mais importantes neste processo ocorreu na Inglaterra, datando de 1939, o *Vita Food Products Inc. v. Unus Shipping Co. Ltd.*²⁹⁶ O caso envolveu a discussão sobre a lei aplicável a um contrato de transporte entre os Estados Unidos e o Canadá, no qual havia expressa eleição pela lei inglesa. Inicialmente julgado no Canadá, terminou sendo decidido finalmente na Inglaterra por ser esta Corte a última instância para casos canadenses à

²⁹³ No original: “En effet, la faculté de choisir la «loi du contrat» elle-même pouvait être comprise comme prolongement de l'autonomie privée (*Privatautonomie*) des opérateurs économiques.” (KOHLER, Christian. *Autonomie de la Volonté en Droit International Privé: Un Principe Univerel entre Libéralisme et Etátisme. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, T. 359, 2012. p. 329) (tradução nossa)

²⁹⁴ *Ibidem.* p. 329.

²⁹⁵ *Ibidem.* p. 330.

²⁹⁶ A decisão está disponível em inglês. Cf.: INGLATERRA. The supreme Court of Nova Scotia en Banc. *Privy Council Appeal n° 82 of 1938*. Disponível em: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKPC/1939/1939_7.pdf>. Acesso em: 16 maio 2016.

época.²⁹⁷ Fazer valer a escolha das partes, ou aplicar a lei americana, adequada de acordo com a regra tradicional, por ser a lei do local de celebração, era um ponto crucial no caso.

Ocorre que as mercadorias levadas pelo navio “Harry On”, de propriedade da recorrida, foram danificadas durante a viagem e se discutia, precisamente, a responsabilidade: a aplicação da lei dos Estados Unidos significaria responsabilizar a *Unus Shipping Co. Ltd.*; manter a escolha das partes pela lei inglesa resultaria na exclusão da responsabilidade. Pensando na segurança jurídica trazida pela manutenção da eleição feita no conhecimento de embarque, a Corte Inglesa fez valer a autonomia da vontade.

O processo de aceitação e consolidação da aplicação do princípio da autonomia da vontade aos contratos internacionais foi gradativo durante o Século XX, ganhando mais força nas décadas de 70 e 80. A título exemplificativo, em 1971, com o *Second Restatement of Conflicts of Law*²⁹⁸, os Estados Unidos passaram a aceitar a escolha das partes como regra geral, com subsidiariedade da lei com vínculos mais estreitos com o contrato em caso de ausência de definição das partes. Em 1980 foi a vez da Europa. Em 19 de junho daquele ano, a Convenção de Roma foi aberta para assinatura pelos 9 Estados da então Comunidade Europeia, tendo entrado em vigor em 1º de abril de 1991.²⁹⁹ A Convenção, que posteriormente foi substituída pelo Regulamento 593/2008 do Conselho Europeu, conhecido como Roma I, estabeleceu a liberdade de escolha pelas partes em seu art. 3º.

A superação das regras tradicionais que definem a lei aplicável aos contratos internacionais, quer seja pelo local de sua celebração, quer seja pelo local de execução, só começaram a ser superadas na América Latina na década de 1990. Por iniciativa da OEA, a V Conferência Interamericana sobre Direito Internacional Privado (CIDIP V), aprovou a Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais em 1994³⁰⁰, que estabeleceu a escolha pelas partes como regra. Todavia, apesar do grande sucesso da

²⁹⁷ ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira*. 6. ed. Porto Alegre: Revolução eBook, 2016. Parte V, Cap. 19.

²⁹⁸ A seção 187 é a que trata especificamente sobre o princípio da autonomia da vontade. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Second Restatement of Conflicts of Law*. Disponível em <<http://www.kentlaw.edu/perritt/conflicts/rest187.html>>. Acesso em: 16 maio 2016.

²⁹⁹ COMUNIDADE EUROPEIA. Convenção sobre a lei aplicável às obrigações contratuais. *Convenção nº 80/934 CEE*. Convenção de Roma, de 19 de junho de 1980. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=URISERV%3A133109>>. Acesso em: 16 maio 2016.

³⁰⁰ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais*. México, 17 mar. 1994. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/b-56.htm>>. Acesso em: 16 maio 2016.

Convenção no meio acadêmico³⁰¹, apenas México e Venezuela a ratificaram até a presente data, ficando à espera dos demais países da região.

Como exemplo de superação do paradigma tradicional na América Latina, está o Panamá. Recentemente, em 8 de maio de 2014, foi promulgado o Código de Direito Internacional Privado da República do Panamá³⁰². Além de garantir a autonomia da vontade para escolha da lei aplicável em contratos internacionais³⁰³, a novel legislação permite que as partes submetam o contrato a uma ou mais leis sempre que a natureza do negócio jurídico o permita, a chamada *depeçage*, devendo sempre o direito aplicável ter alguma relação com a transação ou derivar-se de uma lei conhecida pelos contratantes.³⁰⁴

O princípio da autonomia da vontade vem ganhando força em outras áreas impensáveis até pouco tempo, como o direito de família, sucessões e responsabilidade civil extracontratual, como ocorre respectivamente nos regulamentos 1259/2010 do Conselho Europeu (Roma III)³⁰⁵, 650/2012 do Parlamento e do Conselho Europeus³⁰⁶, e 864/2007 (Roma II), também do Parlamento Europeu e do Conselho,³⁰⁷ todos eles adotados no âmbito da União Europeia. Outro exemplo de ampliação do escopo de aplicação do princípio é a Lei da República Popular da China sobre as Leis Aplicáveis às Relações Civas com Elementos de Estraneidade, adotada em 2010.³⁰⁸

³⁰¹ ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira*. 6. ed. Porto Alegre: Revolução eBook, 2016. Parte V, Cap. 19.

³⁰² PANAMÁ. Lei nº 7, de 8 de maio de 2014. *Gaceta Oficial de Panamá*, n. 27.530. Disponível em: <http://www.gacetaoficial.gob.pa/pdfTemp/27530/GacetaNo_27530_20140508.pdf>. Acesso em: 8 maio 2016.

³⁰³ Artigos 74 e 77. (*Ibidem*)

³⁰⁴ Artigo 75. (*Ibidem*)

³⁰⁵ UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) nº 1.259/2010, do Conselho da União Europeia. Cria uma cooperação reforçada no domínio da lei aplicável em matéria de divórcio e separação judicial. *Jornal Oficial da União Europeia*, 29 dez. 2010, n. 343, p. 10-16. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:343:0010:0016:pt:PDF>>. Acesso em: 16 maio 2016.

³⁰⁶ UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) nº 650/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, de 4 de julho de 2012, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões, e à aceitação e execução dos atos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um certificado sucessório europeu. *Jornal Oficial da União Europeia*, 27 jul. 2012, n. 201, p. 107-134. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:201:0107:0134:PT:PDF>>. Acesso em: 16 maio 2016.

³⁰⁷ UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) nº 864/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, de 11 de julho de 2007, relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais. Roma II. *Jornal Oficial da União Europeia*, 31 jul. 2007, n. 199, p. 40-49. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32007R0864&qid=1463605602874&from=EN>>. Acesso em: 16 maio 2016.

³⁰⁸ No diploma, a autonomia da vontade passa a ser a regra não só para a definição da lei aplicável às relações contratuais (art. 41), mas também à representação por mandato (art. 16), às relações fiduciárias (art. 17), à convenção de arbitragem (art. 18), às questões patrimoniais entre cônjuges (art. 24), ao divórcio consensual (art. 26), aos direitos reais de coisas móveis (art. 37), à transferência de direitos reais de coisas móveis em

3.3 A tensão entre o poder estatal e a liberdade do indivíduo: a necessidade de que a autonomia da vontade seja entendida como um direito humano

Erik Jayme ensina que, no contexto globalizado atual, a proteção da pessoa humana deve ser feita muito mais por meio da reafirmação da autonomia da vontade que por leis imperativas impostas sem levar em consideração as necessidades do indivíduo.³⁰⁹ É sob esta perspectiva, a que coloca o ser humano como elemento central para o direito internacional privado, que deve ser entendida a autonomia da vontade.

Defende-se que as normas de direito internacional privado devem estar pautadas pelo alcance da Justiça e do bem de cada um dos envolvidos no caso concreto, sejam eles indivíduos, pessoas naturais, ou coletividades com personalidade jurídica reconhecida. Conferir às partes a possibilidade de escolher a lei aplicável permite levar em consideração o caso concreto e dar a elas o crédito sobre sua capacidade de definir o que, no contexto de sua relação jurídica, se mostra como solução mais justa.

Ainda quando se reconhecem limites à autonomia da vontade, existentes por força de questões de ordem pública, permanece o homem no centro, já não como indivíduo, mas como coletividade socialmente organizada para a qual alguns valores, por sua importância, não podem ser afastados.

Este posicionamento, defendido no presente trabalho, não é, todavia, a regra.

3.3.1 A visão centrada no Estado

Irineu Strenger ensina que, normalmente, o primeiro fundamento aludido pelos autores para explicar a existência do Direito Internacional Privado é, justamente, a existência de conflitos de leis no espaço. Por isso afirma que, “em princípio, quando há divergência entre

trânsito (art. 38), a responsabilidade civil, quando a escolha se dá após o dano (art. 44), ao enriquecimento ilícito e à gestão dos negócios (art. 47), à utilização e transferência de direitos de propriedade intelectual (art. 49) e à responsabilidade civil resultante de violações de direitos de propriedade intelectual. Uma tradução para o inglês feita por Song Lu foi publicada pelo *The Chinese Journal of Comparative Law*. (LU, Song. Law of the People's Republic of China on the Laws Applicable to Foreign-Related Civil Relations (full text). *The Chinese Journal of Comparative Law*, v. 1, n. 1, 2013. p. 185-193)

³⁰⁹ JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. In: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. The Hague Academy of International Law. Brill Online, v. 251, 2016. p. 9 *et seq.*.

leis de diferentes países, criando, portanto, conflitos legislativos interestaduais, o direito internacional privado intervém”.³¹⁰

Esta ideia, de que um caso com elementos de estraneidade faz com que surja um conflito entre as leis dos Estados que, de alguma maneira, estão envolvidos, os quais teriam interesse na aplicação de sua própria lei, revela que o foco está nos Estados, na lei nacional.³¹¹ Existiria uma batalha entre estes para ver sua própria lei sendo aplicada.

O conflito de leis, além de designar a situação apresentada, é também o termo utilizado para dar nome à disciplina em algumas tradições jurídicas, que passa a ser designada como *conflict of laws*. Ressalte-se que mesmo a designação *direito internacional privado* carrega consigo ideia voltada para os Estados já que, mesmo tratando de relações privadas, ele não deixa de ser “inter-nacional”.

Não se pode esquecer, ainda, as críticas, por certo hoje ultrapassadas, de que não existiriam na disciplina os elementos que carrega em seu nome: por ser o Estado o definidor das normas de conflito ter-se-ia, segundo essa visão, direito público estatal para a definição de lei aplicável. Nada teria de internacional, nem mesmo de privado. Mais uma vez, o Estado está no centro.

A grande questão que se coloca é que estas visões acabam por negligenciar os destinatários das normas, ou melhor, aqueles que estão envolvidos no caso para o qual se busca solução, os indivíduos.

Mathias Lehmann chama a atenção para o fato de que, no fundo, colocar o Estado no centro é a principal causa para que não se compreenda os fundamentos da autonomia da vontade.³¹² Dessa visão surgem incompreensões sobre a matéria, gerando reflexões infundadas sobre a impossibilidade de atribuição de poder legislativo ao indivíduo ou mesmo sobre a sua incapacidade para derogar normas imperativas.

Para Lehmann:

Ainda que seja verdade que os conflitos de leis surgem do fato de que o mundo é composto de Estados territoriais com sistemas legais diferentes e divergentes, a solução para o problema não se encontra necessariamente em enxergar todos os casos através das lentes dos territórios estatais ou dos interesses estatais. O que se tende a esquecer é que a escolha de leis, assim

³¹⁰ STREGNER, Irineu. *Direito Internacional Privado*. 5. Ed. São Paulo: LTR, 2003. p. 32-33.

³¹¹ LEHMANN, Mathias. Liberating the Individual from Battles between States: Justifying Party Autonomy in Conflict of Laws. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*. v. 41. 2008. p. 398.

³¹² *Ibidem*. p. 413.

como qualquer outro ramo do direito, em última análise, diz respeito às relações humanas.³¹³

Este é um resgate essencial para a disciplina, necessário para que se possa avançar nos fundamentos não apenas da autonomia da vontade, como se pretende neste trabalho, mas do Direito Internacional Privado como um todo.

3.3.2 A *necessidade de colocar o homem no centro*

De acordo com Lehmann, a origem do chamado conflito de leis não está na suposta batalha entre Estados para ter suas leis aplicadas, mas sim na esfera privada. Ao contrário, são as situações privadas com elementos de estraneidade que dão origem a questões sobre lei aplicável³¹⁴. Por isso, afirma:

São os indivíduos quem sentem as consequências da aplicação de uma lei em particular, e são os seus interesses que são mais diretamente afetados pela solução do litígio. Se consideramos a questão dos conflitos desta forma, é natural que as partes possam escolher a lei aplicável. Elas devem ser capazes de moldar a sua relação da maneira que quiserem. (tradução nossa)³¹⁵

Trata-se aqui do reconhecimento de que os indivíduos, sejam organizados na forma de pessoas jurídicas ou não, podem cuidar de seus próprios negócios, de suas próprias relações jurídicas. Nas palavras de Peter Nygh, “na maior parte dos casos, os melhores juízes dos interesses das partes são as próprias partes”³¹⁶.

Quando os Estados conferem poder às partes para que escolham a lei que será aplicável ao caso transnacional o que acontece, na verdade, é que ele, Estado, renuncia à sua própria prerrogativa de definir, de antemão, qual será a solução, dando este poder às partes, a

³¹³ No original: “While it is certainly true that conflicts of law arise from the fact that the world is composed of territorial states having separate and differing legal systems, the solution to the problem is not necessarily to be found in seeing every case through the lens of states' territories or states' interests. What we tend to forget is that choice of law, as every other field of law, ultimately pertains to human relations.” (LEHMANN, Mathias. *Liberating the Individual from Battles between States: Justifying Party Autonomy in Conflict of Laws*. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*. v. 41. 2008. p. 383)

³¹⁴ *Ibidem*. p. 413.

³¹⁵ No original: “It is the individuals who will feel the consequences of the application of a particular law, and it is their interests that are most directly concerned by the outcome of the dispute. If we consider the issue of conflicts in this way, it is only natural that the parties can choose the applicable law. They must be able to fashion their relationship the way they like”. (*Ibidem*. p. 414)

³¹⁶ No original: “In most instances the best judges of the interests of the parties are the parties *themselves*.” (NYGH, Peter E. *The reasonable expectations of the parties as a guide to the choice of law in contract and in Tort*. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*. T. 251, 1995. p. 294) (tradução nossa)

quem de fato interessa definir e saber qual será a lei aplicável. “O princípio básico é o de que o que as partes queiram que aconteça deve acontecer a não que ser que o Estado tenha algum interesse imperioso e o direito de coibir a parte interessada.”³¹⁷

Poder-se-ia dizer que o conflito existente, em seu cerne, é, na verdade, o conflito entre a lei e a liberdade. Henri Batiffol assim considera o embate entre as posições acerca da autonomia da vontade no campo do Direito Internacional Privado:

[...] aqueles que lutam pelo respeito ao acordo entre as partes para além de qualquer lei aplicável consideram [...] que defendem uma posição fundamental, se não a mais determinante, da liberdade individual. Aqueles que lutam na direção oposta acreditam que ela é no sentido da autoridade da lei [Estado de direito], isto é, da sua própria existência. A base é, portanto, o conflito entre a lei e a liberdade. (tradução nossa)³¹⁸

A existência de diversos ordenamentos jurídicos é um fato. As soluções para um mesmo caso são diversas quando comparados uns com os outros, frutos do pluralismo do direito privado. Diante desse quadro, e considerando o ponto de vista das partes envolvidas, Florian Rodl aponta três estratégias para lidar com a incerteza gerada pela possibilidade de decisões conflitantes advindas de diferentes Estados.³¹⁹

A primeira delas seria submeter suas relações privadas a tribunais arbitrais autônomos, que não estariam obrigados a qualquer consideração normativa em relação a quaisquer normas nacionais de direito privado, e sequer às relações sociais que as moldaram. A segunda envolve o desenvolvimento e o recurso a normas de um direito privado unitário para relações jurídicas transnacionais, construído por atores não-governamentais, tal como os Princípios Unidroit. Já a terceira estratégia seria justamente a de conferir às partes a prerrogativa de escolherem por si sós a lei aplicável às suas relações jurídicas privadas transnacionais.³²⁰

³¹⁷ No original: “The basic principle is that what the parties want to happen shall happen unless the State has a compelling interest and the right to coerce the party concerned. (NYGH, Peter E. The reasonable expectations of the parties as a guide to the choice of law in contract and in Tort. *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye*. T. 251, 1995. p. 294)

³¹⁸ No original: “Ceux qui luttent pour le respect de l’accord des parties en dehors de toute loi applicable considèrent ... qu’ils défendent une des positions essentielles, sinon la plus décisive, de la liberté individuelle. Ceux qui combattent en sens opposé estiment qu’il en va de l’autorité de la loi, c’est-à-dire de son existence même. C’est donc bien le conflit dit de la loi et de la liberté, qui est sous-jacent.” (BATIFFOL, Henry. *Apud KOHLER, Christian. Autonomie de la Volonté en Droit International Privé: Un Principe Univerel entre Libéralisme et Étâtisme. Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye*, T. 359, 2012. p. 300)

³¹⁹ RODL, Florian. Private Law Beyond the Democratic Order - On the Legitimatory Problem of Private Law “Beyond the State”. *The American Journal of Comparative Law*. V. 56, 2008. p. 746.

³²⁰ *Ibidem*. p. 746-748.

As partes envolvidas em determinado caso conhecem suas especificidades e discernem sobre quais seriam as melhores maneiras de com ele lidar, enxergando determinado ordenamento ou sistema de normas como apropriado, devendo-lhes ser dada a prerrogativa de fazer a escolha por si mesmas. Nas palavras de Lehmann, trata-se de uma solução privada para um problema gerado pelos Estados.³²¹

A possibilidade de uma solução privada não é apenas uma questão de conveniência, mas sim de um interesse elementar das partes. Ao analisar contratos internacionais B2B, verifica-se que as partes se obrigam contratualmente com dois interesses básicos. O primeiro deles é o de saber com exatidão as obrigações que assumem entre si e todas as regras de comportamento que devem ser seguidas a partir de então; o segundo é ter a garantia de que este acordo será reconhecido pela ordem jurídica, a qual poderá ser acionada para, em último caso, fazer valer todos os direitos encerrados no contrato.³²² Isso porque:

Dada a pluralidade de foros normalmente existentes nos países envolvidos e, portanto, a diversidade de regras de conflito potencialmente aplicáveis para determinar a lei aplicável em função de elementos de conexão "objetivos", a capacidade de prever a lei diminui e, ao mesmo tempo, aumenta o risco de que as partes sejam expostas a regras contraditórias de comportamento. Dadas estas incertezas, a possibilidade de designação da lei aplicável e escolha da jurisdição competente para conhecer e proteger os direitos e obrigações contratuais satisfaz um interesse básico dos indivíduos que a ordem jurídica deve proteger.³²³

A dúvida sobre que comportamentos adotar e quais reais direitos e obrigações de fato existem em determinada relação jurídica é algo, porém, que vai além do âmbito contratual. Mesmo em questões de direito de família ou responsabilidade civil, ela está presente. Como esta dúvida permanece caso sejam adotadas apenas as normas conflituais estatais para a resolução de casos pluriconectados, a prerrogativa de que as partes escolham por si sós a lei

³²¹ LEHMANN, Mathias. Liberating the Individual from Battles between States: Justifying Party Autonomy in Conflict of Laws. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*. v. 41. 2008. p. 416.

³²² KOHLER, Christian. Autonomie de la Volonté en Droit International Privé: Un Principe Univerel entre Libéralisme et Etátisme. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, T. 359, 2012. p. 336-337.

³²³ No original: "Compte tenu de la pluralité de fors existant normalement dans les Etats concernés et, partant, de la diversité des règles de conflit potentiellement applicables pour déterminer la loi applicable sur la base de facteurs « objectifs » de rattachement, la possibilité de prévoir la loi applicable diminue et, en même temps, le risque pour les parties d'être exposées à des règles de comportement contradictoires augmente. Au vu de ces facteurs d'incertitude, la possibilité de désigner la loi applicable et de choisir la juridiction compétente pour connaître et protéger les droits et obligations contractuelles répond à un intérêt élémentaire des particuliers que l'ordre juridique doit protéger." (*Ibidem*. p. 338)

aplicável é elemento essencial para a segurança jurídica e para a preservação e continuidade das relações transfronteiriças.

Clóvis Beviláqua, ainda na década de 1930, já defendia a centralidade do ser humano no direito internacional privado. Segundo o autor:

Como a sociedade internacional não tem leis nem tribunais seus, as leis que nos Estados se prepararem visando interesses internacionais de ordem privada devem inspirar-se nos princípios superiores do direito, como toda lei, e nos interesses gerais da humanidade, porque no direito internacional privado os interesses são os dos indivíduos e não os dos Estados, e o ponto de vista desse direito deve ser individual, humano, universal, e não o da utilidade local ou nacional.³²⁴

A atualidade do pensamento de Beviláqua demonstra que a questão está em encontrar formas para efetivar na prática a visão de que o homem é, como sempre foi, o principal interessado nas soluções apresentadas pelo direito internacional privado. Dentre os autores contemporâneos, Maristela Basso também reconhece a necessidade de que o Direito Internacional Privado seja estudado e aplicado de acordo com as normas e princípios constitucionais, devendo haver prevalência das normas de direitos humanos.³²⁵ A afirmação da autonomia da vontade é, sem dúvidas, uma das maneiras de fazê-lo.

Todavia, como aponta Beviláqua, existem interesses gerais da humanidade a serem levados em consideração.

3.3.3 Problematizando o princípio da autonomia da vontade

Retomando a concepção de autonomia de Gerald Dworkin, faz parte dessa mesma autonomia a capacidade de reflexão crítica acerca de suas preferências individuais, vontades ou desejos, aceitando-os ou alterando-os tendo como ponto de referência preferências e valores de ordem superior.

Esta maneira de entender a autonomia transposta para o Direito Internacional Privado nos mostra que a simples vontade de saber de antemão qual será a lei aplicável para a definição de deveres e obrigações relacionadas a um caso pluriconectado só se justifica se estiver em consonância com preferências e valores de ordem superior.

³²⁴ BEVILÁQUA, Clóvis. *Princípios Elementares de Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1934. p. 80.

³²⁵ BASSO, Maristela. *Curso de direito internacional privado*. 3. ed. Belo Horizonte: Atlas, 2013. p. 23-24.

Entende-se aqui que as preferências são aquelas compartilhadas pelas partes, tal como, por exemplo, a por ter aplicável a Lei Inglesa às suas relações jurídicas relativas a transporte marítimo, por exemplo; ou, ainda, a lei do último domicílio conjugal para a definição do regime de bens e partilha. Todavia, não se pode olvidar que existem valores de ordem superior que também devem ser levados em consideração.

E é justamente levando em conta estes valores, que dizem respeito não apenas às partes, mas a todos os envolvidos e, em última análise, à própria humanidade, que surgem algumas críticas. Estas devem, por certo, ser consideradas por demonstrarem que a questão da autonomia da vontade para a escolha da lei aplicável é algo extremamente complexo.

Ainda que se defenda que o homem deve ser colocado no centro da análise e das preocupações para o estabelecimento dos fundamentos do princípio da autonomia da vontade e, desta maneira, proteger sua aplicação, necessário se faz observar que esta busca deve sopesar aspectos que vão além das relações privadas que se quer regular.

Cecília Fresnedo de Aguirre e Diego P. Fernández Arroyo, ao tratarem sobre o princípio no contexto da contratação internacional, chamam a atenção para o fato de que a autonomia da vontade:

É um tema que sempre esteve presente e, sobretudo, não é um tema asséptico que possa resolver por argumentos teóricos abstratos e isolados da realidade do comércio internacional. Trata-se de um tema de profundo conteúdo político no qual estão em jogo interesses comerciais relevantes [...] (tradução nossa)³²⁶

O profundo conteúdo político e econômico do princípio não pode ser ignorado. A própria decisão estatal de conferir às partes a prerrogativa da escolha da lei aplicável é política, podendo inclusive ser político-econômica. Ora, para fomentar o comércio exterior o Estado pode entender que conferir segurança jurídica aos contratantes seja algo essencial. Pode, ainda, se convencer de que afirmar e garantir a autonomia da vontade seria uma alternativa a ser adotada e, assim, legislar neste sentido.

Horatia Muir Watt vai além. De acordo com a autora, a autonomia da vontade seria um mito, uma narrativa de empoderamento que, combinada com a ideia de soberania estatal, produziria a visão liberal da relação entre direito e mercado na esfera econômica

³²⁶ No original: “Es un tema que siempre ha estado presente y, sobre todas las cosas, no es un tema aséptico que pueda resolverse por argumentos teóricos abstractos y aislados de la realidad del comercio internacional. Se trata de un tema de hondo contenido político en el cual están en juego intereses comerciales relevantes [...]”. (AGUIRRE, Cecilia Fresnedo de; ARROYO, Diego P. Fernández. *Obligaciones contractuales: aspectos generales*. In. ARROYO, Diego P. Fernández (Coord.). *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*. Buenos Aires: Zavalía Editor, 2003. p. 959)

transnacional.³²⁷ Para ela, as razões para que um Estado permita a contratação fora de suas próprias leis, que são substituídas pelas de outro país, se encontrariam em supostas necessidades especiais das transações transfronteiriças e a diluição existente pela possibilidade de que qualquer Estado regule com exclusividade determinada relação.³²⁸

Na visão da autora, o extraordinário sucesso do princípio da autonomia da vontade “gera um desequilíbrio entre interesses privados e coletivos, ou entre estes e as políticas estatais, ou, na verdade, entre a necessidade de regulamentação e o impulso em direção à regulação privada do comércio mundial”³²⁹. Seria possível afirmar que o impulso vai não só no sentido de regulação do comércio, mas de outras esferas da vida privada, como visto.

A solução apontada por Muir Watt compreende que princípios relacionados à governança internacional, tais como transparência e *accountability*, seriam aptos para dar legitimidade democrática para o processo decisório que termina por obrigar os participantes do comércio internacional. “O ponto de partida [...] é fazer um balanço dos interesses em jogo e desconstruir os mecanismos que trabalham por trás do mito da autonomia da vontade.”³³⁰

Trata-se de um trabalho árduo o sugerido. Todavia, demonstra como as questões em torno do princípio da autonomia da vontade são mais complexas do que a decisão por uma lei ou outra. De fato, existem interesses superiores que devem ser identificados caso a caso para que se possa fazer ou limitar as escolhas realizadas.

³²⁷ MUIR WATT, Horatia. “Party Autonomy” in international contracts: from the makings of a myth to the requirements of global governance”. *European Review of Contract Law*, v. 6, n. 3, 2010. p. 7.

³²⁸ *Ibidem*. p. 9.

³²⁹ No original: “generates imbalance between categories of private or collective interests, or between these and state policies, or indeed between the need for regulation and the pull towards private ordering in global trade.” (*Ibidem*. p. 33) (tradução nossa)

³³⁰ No original: “The starting point, suggested here, is to take stock of the interests at stake and deconstruct the mechanisms at work behind the myth of party autonomy.” (*Ibidem*. p. 33) (tradução nossa)

4 AFIRMAÇÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE NO BRASIL

Não há consenso, atualmente, sobre o reconhecimento do princípio da autonomia da vontade no Direito Internacional Privado pelo ordenamento brasileiro, em razão da atual redação do art. 9º da LINDB e da história legislativa que a precedeu. Tal situação não se justifica em contratos internacionais B2B, causa problemas para a definição da lei aplicável caso eles sejam eletrônicos, e, ainda, gera insegurança jurídica, desfavorecendo os negócios internacionais de empresas brasileiras.

Conforme se verá, a possibilidade de não reconhecimento da liberdade para escolha de lei nos casos objetos deste trabalho só existirá (i) quando determinado litígio deva ser levado à apreciação do Judiciário e (ii) verse sobre questões de compra e venda internacional de mercadorias não regulados pela normativa específica existente no ordenamento nacional. Isso por que há liberdade de escolha caso as partes definam que seus litígios serão resolvidos em arbitragem e porque a CISG, recentemente ratificada pelo Brasil, também reconhece a faculdade.

Há duas saídas: realizar a devida reforma legislativa para que passe o princípio a ser expressamente aceito, algo que já está sendo tentado, mas ainda não é realidade; ou entender, por meio do diálogo de fontes, que o ordenamento nacional não é avesso à liberdade de escolha de lei pelas partes, devendo ser reconhecida pelo Judiciário pela necessidade de garantir coerência ao sistema e igualdade aos agentes econômicos que se aventuram internacionalmente.

4.1 O princípio da autonomia da vontade até a promulgação da LINDB

Levando-se em consideração apenas as leis promulgadas no Brasil após sua independência³³¹, três são os períodos que marcam o estudo dos contratos internacionais e da possibilidade de eleição de lei pelas partes: o primeiro vai da promulgação do Decreto nº 737, de 25 de novembro de 1850³³², que determinava a ordem do Juízo no Processo Comercial³³³,

³³¹ Ocorrida em 7 de setembro de 1822.

³³² BRASIL. Decreto nº 737, de 25 de novembro de 1850. Determina a ordem do Juízo no Processo Commercial. *CLBR* de 1850. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DIM/DIM737.htm>. Acesso em 31 maio 2016.

³³³ O Decreto nº 737, de 25 de novembro de 1850, veio para regulamentar a ordem do juízo comercial, de acordo com o que estabelecia o art. 27 do Título Único do Código Comercial, promulgado em 25 de junho de 1850.

até a entrada em vigor do primeiro Código Civil, em 1º de janeiro de 1917³³⁴; o segundo, compreendido entre esta data e a entrada em vigor da Lei de Introdução ao Código Civil (atual LINDB), promulgada em 4 de setembro de 1942³³⁵; e o terceiro, que vai daí até os dias atuais.

De acordo com o Decreto nº 737, a regra geral para os contratos internacionais era a *do locus regit actum*, salvo exceções em favor do direito brasileiro:

Art. 3º. As leis e usos commerciaes dos paizes estrangeiros regulam:

[...]

§ 2º A fôrma dos contratos ajustados em paiz estrangeiro (arts. 301, 424 e 633 Codigo)³³⁶, salvos os casos exceptuados no mesmo Codigo (art. 628 Codigo³³⁷), e os contratos exequivéis no Imperio, sendo celebrados por Brasileiros nos logares em que houver Consul brasileiro.

BRASIL. Lei nº 556, de 25 de junho de 1850. Código Comercial. *CLB* de 1850 T.11, p. 57-238. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L0556-1850.htm>. Acesso em: 16 maio 2016.

³³⁴ BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. (Revogada) *Diário Oficial da União*, 5 jan. 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 16 maio 2016.

³³⁵ BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. *Diário Oficial da União*, 9 set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 16 maio 2016.

³³⁶ Art. 301 - O teor do contrato deve ser lançado no Registro do Comércio do Tribunal do distrito em que se houver de estabelecer a casa comercial da sociedade (artigo nº. 10, nº 2), e se esta tiver outras casas de comércio em diversos distritos, em todos eles terá lugar o registro. As sociedades estipuladas em países estrangeiros com estabelecimento no Brasil são obrigadas a fazer igual registro nos Tribunais do Comércio competentes do Império antes de começarem as suas operações. Enquanto o instrumento do contrato não for registrado, não terá validade entre os sócios nem contra terceiros, mas dará ação a estes contra todos os sócios solidariamente (artigo nº 304).

Art. 424 - As contestações judiciais que respeitarem a atos de apresentação de letras de câmbio, seu aceite, pagamento, protesto e notificação, serão decididas segundo as Leis ou usos comerciais das Praças dos países, onde estes atos forem praticados.

Art. 633 - O contrato de empréstimo a risco ou câmbio marítimo, pelo qual o dador estipula do tomador um prêmio certo e determinado por preço dos riscos de mar que toma sobre si, ficando com hipoteca especial no objeto sobre que recai o empréstimo, e sujeitando-se a perder o capital e prêmio se o dito objeto vier a perecer por efeito dos riscos tomados no tempo e lugar convençionados, só pode provar-se por instrumento público ou particular, o qual será registrado no Tribunal do Comércio dentro de 8 (oito) dias da data da escritura ou letra. Se o contrato tiver lugar em país estrangeiro por súditos brasileiros, o instrumento deverá ser autenticado com o - visto - do cônsul do Império, se aí o houver, e em todo o caso anotado no verso do registro da embarcação, se versar sobre o navio ou fretes. Faltando no instrumento do contrato alguma das sobreditas formalidades, ficará este subsistindo entre as próprias partes, mas não estabelecerá direitos contra terceiro. É permitido fazer empréstimo a risco não só em dinheiro, mas também em efeitos próprios para o serviço e consumo do navio, ou que possam ser objeto de comércio; mas em tais casos a coisa emprestada deve ser estimada em valor fixo para ser paga com dinheiro. (BRASIL. Lei nº 556, de 25 de junho de 1850. Código Comercial. *CLB* de 1850 T.11, p. 57-238. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L0556-1850.htm>. Acesso em: 16 maio 2016)

³³⁷ Art. 628 - O contrato de fretamento de um navio estrangeiro exequível no Brasil, há de ser determinado e julgado pelas regras estabelecidas neste Código, quer tenha sido ajustado dentro do Império, quer em país estrangeiro. (BRASIL. Lei nº 556, de 25 de junho de 1850. Código Comercial. *CLB* de 1850 T.11, p. 57-238. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L0556-1850.htm>. Acesso em: 16 maio 2016)

Art. 4º. Os contratos commerciaes, ajustados em paiz estrangeiro mas exequiveis no Imperio, serão regulados e julgados pela legislação commercial do Brazil.

Art. 5º. Presumem-se contrahidas conforme a legislação do Brazil as dividas entre Brasileiros em paiz estrangeiro.³³⁸

À época, já haviam vozes a favor e contra a autonomia da vontade. Como aponta Nadia de Araujo, desde a publicação da primeira obra dedicada ao direito internacional privado no Brasil, em 1863, por Pimenta Bueno, vêm os doutrinadores nacionais se debruçando sobre o estudo da autonomia da vontade e sua aplicação aos contratos internacionais no Brasil.³³⁹

A título exemplificativo, o citado autor defendia a regra do *locus regit actum*, nos termos do Decreto nº 737, afirmando que a autonomia conferida às partes era unicamente a de definir as cláusulas de seus contratos, ou seja, a autonomia privada. Para o autor, a lei aplicável não poderia ser outra que não aquela do lugar em que o ato se passava ou em que o contrato fosse executado, sendo, assim, avesso à ideia de que as partes tinham autonomia para defini-la.³⁴⁰

Contemporâneo de Pimenta Bueno, Teixeira de Freitas defendia opinião distinta. Após ter se dedicado à Consolidação das Leis Civis³⁴¹, o jurista foi contratado para elaborar projeto de Código Civil a ser adotado pelo Brasil, chamado pelo próprio autor de Esboço, dado seu caráter não definitivo.³⁴² O trabalho, que terminou não sendo adotado posteriormente³⁴³, deixava clara a posição de Teixeira de Freitas pro autonomia da vontade.³⁴⁴

³³⁸ BRASIL. Decreto nº 737, de 25 de novembro de 1850. Determina a ordem do Juizo no Processo Commercial. *CLBR* de 1850. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DIM/DIM737.htm>. Acesso em 31 maio 2016.

³³⁹ ARAUJO, Nadia de. *Contratos Internacionais: Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 93 *et seq.*

³⁴⁰ *Ibidem*. p. 96.

³⁴¹ Contratado pelo Governo de D. Pedro II, Teixeira de Freitas foi incumbido de realizar a consolidação das normas de direito civil aplicáveis no Brasil, documento apresentado em 1858, tendo vigorado como diploma legal até 1º de janeiro de 1917, quando entrou em vigor o Código Civil de 1916. WALD, Arnoldo. A obra de Teixeira de Freitas e o Direito Latino-Americano. *Revista de Informação Legislativa*, v. 41, n. 163, p. 249-260, jul./set. 2004. p. 250.

³⁴² NOCCHI, Carolina Penna. A influência de Augusto Teixeira de Freitas na elaboração do Código Civil argentino. *Revista do CAAP*, Belo Horizonte, n. 37, Número Especial: I Jornada de Estudos Jurídicos da UFMG, p. 37-48, jul./dez. 2010. p. 41.

³⁴³ LEVAY, Emeric. A codificação do direito civil brasileiro pelo jurista Teixeira de Freitas. *Revista Justiça e História*, v. 2, n. 3. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/historia/memorial_do_poder_judiciario/memorial_judiciario_gaucho/revista_justica_e_historia/issn_1676-5834/v2n3/doc/08-_EMERIC_LEVAY.PDF>. Acesso em: 1º jun. 2016.

Outro autor favorável à escolha de lei pelas partes foi Lafayette Rodrigues Pereira. Incumbido pelo Barão do Rio Branco de elaborar projeto do Código de Direito Internacional Privado³⁴⁵, Conselheiro Lafayette, como era conhecido, apresentou sua proposta à Comissão Internacional de Jurisconsultos da Conferência Pan-americana em 1912.³⁴⁶ De forma pioneira³⁴⁷, o código era explícito na defesa da autonomia da vontade.³⁴⁸

Dentre as opiniões favoráveis, destaca-se, também, a de Clóvis Beviláqua, segundo o qual:

Colocada nos seus naturais limites e agindo de acordo com a lei, a vontade é a fonte geradora das obrigações convencionais e unilaterais, conseqüentemente, lhe deve ser permitido, nas relações internacionais, escolher a lei a que se submetem as obrigações, livremente contraídas.³⁴⁹

Não à toa, o Código Civil de 1916³⁵⁰, de sua autoria, traz expresso, em sua Introdução, o princípio da autonomia da vontade como regra, inaugurando o segundo período da história legislativa brasileira em matéria de legislação aplicável aos contratos internacionais:

Art. 13. Regulará, salvo estipulação em contrário, quanto à substância e aos efeitos das obrigações, a lei do lugar, onde forem contraídas.³⁵¹

Outros autores posteriores, como Rodrigo Otávio³⁵², Augusto Olympio Gomes de Castro³⁵³, Tito Fulgêncio³⁵⁴ e Carvalho Santos³⁵⁵, também reconheciam a liberdade conferida às partes de definir a lei de regência para seus contratos internacionais.

³⁴⁴ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado (Parte Especial)* – Direito civil internacional. v. II. Contratos e obrigações no direito internacional privado. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 421.

³⁴⁵ ARAUJO, Nádia de. *Contratos Internacionais: Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 98.

³⁴⁶ *Ibidem*. p. 169.

³⁴⁷ “Tal posição, aventada no início do século adiantou em mais de cinquenta anos a solução que só apareceria na Convenção de Haia de 1955, para a seguir ser considerada, como o é hoje, como expressão de um consenso internacional.” (*Ibidem*. p. 98-99)

³⁴⁸ DOLINGER, *op. cit.*. p. 422.

³⁴⁹ BEVILÁQUA, Clóvis. *Princípios Elementares de Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1934. p. 348.

³⁵⁰ BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. (Revogada) *Diário Oficial da União*, 5 jan. 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 16 maio 2016.

³⁵¹ *Ibidem*.

³⁵² DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado (Parte Especial)* – Direito civil internacional. v. II. Contratos e obrigações no direito internacional privado. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 423.

³⁵³ *Ibidem*, p. 424.

³⁵⁴ ARAUJO, *op. cit.*. p. 104.

³⁵⁵ *Ibidem*, p. 107.

Houve, porém, quem entendesse de forma distinta, mesmo sendo cristalina a norma do antigo Código Civil. Álvaro da Costa Machado Villela, professor português que escreveu sobre o Direito Internacional Privado Brasileiro, alcançando grande repercussão aqui à época³⁵⁶, foi um deles. Para o autor, a autonomia das partes em um contrato internacional não poderia ser maior que aquela por elas exercida em suas relações domésticas e, portanto, só poderia existir com relação a normas supletivas, nunca com relação às normas imperativas da lei indicada como aplicável pelas regras de Direito Internacional Privado do foro. Não sendo assim, se estaria suprimindo o conflito ao invés de resolvê-lo.³⁵⁷ Para o autor, portanto, só existiria a autonomia privada.

A mesma linha de raciocínio foi acompanhada por Eduardo Espínola e Pontes de Miranda. Aquele, inclusive, afirmava que a expressão “salvo estipulação em contrário”, existente no *caput* do citado art. 13, deveria ser entendida como “quando estipulação em contrário possa ter lugar”.³⁵⁸ Pontes de Miranda, por sua vez, entendia que a autonomia da vontade não existiria em Direito Internacional Privado nem como princípio nem como teoria aceitável.³⁵⁹ Para ele, entender que autonomia só existiria com relação ao direito substantivo, e não ao Direito Internacional Privado, significava “salvar a lei de um absurdo que promoveria a anarquia”.³⁶⁰

Em 1942, a Introdução do Código Civil de 1916 foi revogada com a edição da Lei de Introdução ao Código Civil, atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro³⁶¹, que, apesar da troca de nome, permanece a mesma em essência, conforme será abordado a seguir.

³⁵⁶ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado (Parte Especial)* – Direito civil internacional. v. II. Contratos e obrigações no direito internacional privado. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 424.

³⁵⁷ VILLELA, Álvaro da Costa Machado. *O Direito Internacional Privado no Código Civil Brasileiro*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1921. p. 371-372 *apud* DOLINGER, *op. cit.* p. 425-426.

³⁵⁸ ESPÍNOLA, Eduardo. *Elementos de Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro Santos Ed., 1925. p. 314 *apud* DOLINGER, *op. cit.* p. 429.

³⁵⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. La conception du Droit International Privé d’après la doctrine et la pratique au Brésil. *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye*. T. 39, 1932. p. 649.

³⁶⁰ ARAUJO, Nadia de. *Contratos Internacionais: Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 106.

³⁶¹ BRASIL. Lei nº 12.376, de 30 de dezembro de 2010. Altera a ementa do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. *Diário Oficial da União*, 31 dez. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12376.htm#art2>. Acesso em: 1º jun. 2016.

4.2 A LINDB e as diferentes interpretações

Seguem os autores contemporâneos divergindo com relação à autonomia da vontade no Direito Internacional Privado brasileiro. Toda a discussão se deve à literalidade da norma que indica a lei aplicável aos contratos internacionais atualmente em vigor:

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

§1º Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato.

§2º A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.³⁶²

Estabeleceu-se, assim, que a lei aplicável será a do local de contratação (*caput*) ou a do local em que residir o proponente (§2º), observada sempre a forma exigida no Brasil caso aqui o contrato deva ser executado (§1º). Houve a exclusão da expressão “salvo estipulação em contrário” pelo legislador.

Partindo desse contexto fático, não existe um consenso sobre a aceitação ou não do princípio da autonomia da vontade no ordenamento brasileiro. Segundo Nadia de Araujo e Fabíola Saldanha, é possível dividir as posições doutrinárias atuais em três grupos³⁶³, divisão que será aqui adotada para que se possa compreender as opiniões divergentes.

O primeiro grupo compõe-se por autores que entendem que as partes não têm autonomia para a escolha da lei aplicável. Inclui-se aqui aqueles que defendem que, com a modificação das normas de Introdução ao Código Civil de 1916, as quais expressamente permitiam a escolha da lei aplicável pelas partes³⁶⁴, a autonomia da vontade foi proibida no direito brasileiro, passando a regra do *lex loci celebrationis* a ser a única possibilidade.

³⁶² Art. 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. (BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. *Diário Oficial da União*, 9 set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 16 maio 2016)

³⁶³ ARAUJO, Nadia de; SALDANHA, Fabíola. Recent developments and current trends on Brazilian Private International Law concerning international contracts. *Panorama of Brazilian Law*. v. 1, n. 1, 2013. p. 78.

³⁶⁴ O art. 13 do Código Civil de 1916 estabelecia: “Regulará, *salvo estipulação em contrário*, quanto à substância e aos efeitos das obrigações, a lei do lugar, onde forem contraídas.” (grifou-se). (BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. (Revogada) *Diário Oficial da União*, 5 jan. 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 16 maio 2016)

Amílcar de Castro pode ser enquadrado neste grupo. Averso à ideia de autonomia da vontade no Direito Internacional Privado, o autor afirmava categoricamente:

As partes não fazem direito como e quando queiram, nem podem escolher direito a capricho; na esfera do direito primário, ou na esfera do direito internacional privado, estão sempre à mercê do direito, independentemente de sua vontade efetiva, sem ou contra esta. O certo é dizer que, em matéria de obrigações, a vontade das partes tem a liberdade de pássaro na gaiola: pode mover-se em certos limites, mas em qualquer direção encontra barreira intransponível.³⁶⁵

Outros exemplos de autores que não reconhecem a autonomia da vontade no Direito Brasileiro, considerando as normas expressas na LINDB, são: Osíris Rocha³⁶⁶, Wilson de Souza Campos Batalha³⁶⁷, Grandino Rodas³⁶⁸, José Inácio Franceschini³⁶⁹, Maristela Basso,³⁷⁰ Maria Helena Diniz³⁷¹ e Nadia de Araujo.³⁷²

O segundo defende que, de forma indireta, a autonomia da vontade permanece sendo faculdade das partes, desde que o contrato seja celebrado em país que a autorize.³⁷³ Essa é a opinião, por exemplo, de Irineu Strenger³⁷⁴ e Serpa Lopes³⁷⁵. Amílcar de Castro, ainda que avesso à ideia da autonomia da vontade em Direito Internacional Privado, explica bem que, porém, o fato de se submeter à lei de determinado país por ser lá o local de contratação em nada se relaciona com a autonomia da vontade tal como entendida em Direito Internacional Privado:

[...] qualquer pessoa, em vez de contratar no próprio lugar de seu domicílio, pode preferir realizar o contrato em país estrangeiro e, então submeter-se voluntariamente ao direito desse país. Mas, [assim], a pessoa não escolhe o direito; somente pratica o ato de que depende a aplicação do direito. E não é nesse sentido de submissão voluntária que se fala de autonomia da vontade na esfera do direito internacional privado. Pela expressão autonomia da vontade, o que se pretende afirmar é que as partes, realizando seus contratos no lugar onde normalmente costumam realizá-los, se o fato for

³⁶⁵ CASTRO, Amílcar de. *Direito Internacional Privado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 421.

³⁶⁶ ARAUJO, Nadia de. *Contratos Internacionais: Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 111.

³⁶⁷ *Ibidem*. p. 112.

³⁶⁸ *Ibidem*. p. 114.

³⁶⁹ *Ibidem*. p. 114.

³⁷⁰ *Ibidem*. p. 115.

³⁷¹ *Ibidem*. p. 119.

³⁷² *Ibidem*. p. 120.

³⁷³ CASTRO, *op. cit.* p. 437.

³⁷⁴ ARAUJO, *op. cit.* p. 113.

³⁷⁵ *Ibidem*. p. 118.

anormal, poderão escolher, para apreciá-lo, qualquer direito com que esteja em referência, nacional ou estrangeiro.³⁷⁶

O terceiro interpreta que a autonomia da vontade permanece em vigor, por não ter sido excluída expressamente pela LINDB. Entendem estes que a expressão “reputa-se”, constante do art. 9º, §2º da LINDB, significa o mesmo que “salvo estipulação em contrário”, tal qual estava expressamente previsto na norma que foi modificada, e seria um indicativo da autonomia. Destacam-se por este entendimento Haroldo Valladão³⁷⁷ e Jacob Dolinger³⁷⁸.

Frise-se que a jurisprudência nacional não foi capaz de resolver a situação. Isso porque:

[...] os tribunais brasileiros não enfrentaram a questão diretamente, nem parecem ter abraçado de forma clara as teses pró-autonomia defendidas por alguns doutrinadores. Nos casos pesquisados, nota-se que os juízes usaram o método conflitual para determinar a lei aplicável, sempre encontrando como resultado a lei brasileira ou a lei estrangeira a partir de uma interpretação literal do Art. 9º, *caput* da LINDB. O STJ tem discutido a questão da lei aplicável aos contratos internacionais apenas indiretamente, por exemplo, nas inúmeras homologações de laudos arbitrais estrangeiros.³⁷⁹

Assim, a posição dos que entendem que, pela redação pura e simples da LINDB atualmente, há vedação à escolha parece a mais acertada. Não à toa há um projeto de lei para que haja reconhecimento da autonomia da vontade.

Trata-se do Projeto de Lei do Senado nº 281, de 2012³⁸⁰, hoje tramitando na Câmara dos Deputados como Projeto de Lei nº 3.514/2015³⁸¹.

As alterações legislativas foram pensadas inicialmente com o objetivo de alterar o Código de Defesa do Consumidor³⁸², para aperfeiçoar as disposições gerais sobre este ramo

³⁷⁶ CASTRO, Amílcar de. *Direito Internacional Privado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 437.

³⁷⁷ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado (Parte Especial)* – Direito civil internacional. v. II. Contratos e obrigações no direito internacional privado. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 430.

³⁷⁸ *Ibidem*. p. 441.

³⁷⁹ ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira*. 6. ed. Porto Alegre: Revolução eBook, 2016. (Versão ePub, parte V, cap. 19)

³⁸⁰ SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei do Senado nº 281*, de 2012. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para aperfeiçoar as disposições gerais do Capítulo I do Título I e dispor sobre o comércio eletrônico. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106768>>. Acesso em: 1º jun. 2016.

³⁸¹ CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 3.514/2015*. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para aperfeiçoar as disposições gerais do Capítulo I do Título I e dispor sobre o comércio eletrônico, e o art. 9º do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), para aperfeiçoar a disciplina dos contratos internacionais comerciais e de consumo e dispor sobre as obrigações extracontratuais. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2052488>>. Acesso em: 1º jun. 2016.

do Direito, dispor sobre o comércio eletrônico neste âmbito (contratos B2C) e, também, sobre ações coletivas, crédito ao consumidor e prevenção do superendividamento. Todavia, por uma feliz intervenção da Professora Cláudia Lima Marques, esta se mostrou uma bela oportunidade de aperfeiçoar a legislação brasileira, inserindo, de uma vez por todas, de forma clara e abrangente, o princípio da autonomia da vontade em seu ordenamento:

Art. 9º-A. O contrato internacional entre profissionais, empresários e comerciantes reger-se-á pela lei escolhida pelas partes, devendo esta escolha referir-se à totalidade do contrato e ser efetuada mediante acordo expresso entre as partes.

§ 1º Não é necessário que haja conexão entre a lei escolhida e as partes ou a transação.

§ 2º A escolha de que trata o caput inclui também a indicação, como aplicável ao contrato, de um conjunto de regras jurídicas de caráter internacional, opcional ou uniforme, aceitas no plano internacional, supranacional ou regional como neutras e justas, inclusive da *lex mercatoria*, desde que não contrárias à ordem pública.

§ 3º Na hipótese de ausência ou de invalidade da escolha, o contrato será regido pela lei do lugar de sua celebração, assim considerado, em contratos celebrados a distância, o lugar da residência do proponente.

§ 4º Caso a obrigação resultante do contrato deva ser executada no Brasil e dependa de forma essencial, esta será observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato.

§ 5º Não obstante o disposto neste artigo, no caso de contrato standard ou de adesão celebrado no Brasil ou que aqui tiver de ser executado, aplicar-se-ão necessariamente as disposições do direito brasileiro que possuem caráter imperativo.

§ 6º Este artigo não se aplica aos contratos e obrigações regulados por tratados internacionais e aos acordos sobre arbitragem ou eleição de foro.³⁸²

Fica claro pelo *caput* que a intenção é, justamente, que seja facultada às partes, em um contrato internacional B2B, a possibilidade de que definam a lei aplicável à sua relação

³⁸² BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. *Diário Oficial da União*, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 1º jun. 2016.

³⁸³ Texto como enviado à Câmara dos Deputados: CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei nº 3.514/2015. *Tramitação em plenário*, 04 nov. 2015. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=C13BD39AEAF3EB0DC209A364CC0B273.proposicoesWeb2?codteor=1408274&filename=Tramitacao-PL+3514/2015>. Acesso em: 1º jun. 2016.

jurídica, o que seguramente resolverá o problema da definição legal em contratos eletrônicos.³⁸⁴

Chama a atenção a possibilidade, inclusive, de que as partes passem a escolher, segundo o §2º, regras de direito “de caráter internacional, opcional ou uniforme, aceitas no plano internacional, supranacional ou regional” para reger suas avenças, sem a necessidade de que se tratem de leis estatais. Abrir-se-á, assim, a possibilidade de que se escolham não só regras como os Princípios UNIDROIT, por exemplo, mas também a própria UNECIC ou a LMCE.

Da leitura da justificativa³⁸⁵ para a nova redação para o art. 9º da LINDB fica evidente toda a preocupação das professoras em aperfeiçoá-lo com base no que há de mais avançado em termos de autonomia da vontade atualmente.

Para que se tenha uma ideia, serviram de inspiração os seguintes textos normativos, já aqui analisados: Convenção do México de 1994 sobre Lei Aplicável aos Contratos Internacionais, os exemplos da União Europeia, com o Regulamento nº 593/2008 (Roma I) e Regulamento nº 864/2007 (Roma II), e, ainda, Princípios sobre a Escolha da Lei nos Contratos Internacionais da Conferência da Haia para o Direito Internacional Privado. Houve, também, preocupação com a coerência em relação à Lei de Arbitragem e o que eram, à época, as atualizações projetadas para o Código de Processo Civil, questões, como se verá, essenciais.

4.3 A teoria do diálogo das fontes como base interpretativa

A ausência de uma previsão expressa no ordenamento brasileiro sobre a autonomia da vontade das partes em um contrato internacional B2B não é apenas algo que destoa completamente no cenário mundial, mas também uma contradição valorativa interna. Isso porque, como se verá, existem situações em que as partes têm essa liberdade de escolha.

³⁸⁴ Há menção nas justificativas de que a manutenção da definição da lei aplicável entre ausentes como aquela do local do proponente, como atualmente definido na LINDB no art. 9º, § 2º, de que este tipo de contrato é comum hoje em dia em razão da Internet. Todavia, como já demonstrado, a solução não é o bastante.

³⁸⁵ SENADO FEDERAL. Projeto de Lei do Senado nº 281, de 2012. *Parecer do senador Ricardo Ferraço*. Disponível em: < <http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=112481&tp=1>>. Acesso em: 1º jun. 2016. p. 98 *et seq.*

Para que se compreenda melhor este cenário e, ao mesmo tempo, seja possível pensar uma solução para o problema, utilizar-se-á a teoria do diálogo das fontes, desenvolvida por Erik Jayme, sobre a qual se passa a expor.

De acordo com o professor, a existência de uma pluralidade de fontes, algo característico nos sistemas jurídicos atuais, faz com que seja necessária uma solução para os conflitos que possam nascer entre elas, o que pode ser alcançado de duas formas: dando prioridade a uma das fontes, por algum critério hierárquico, ou buscando a coordenação entre elas.³⁸⁶

A priorização de uma das leis à qual se refere o autor é o que tradicionalmente se faz para a solução de antinomias no Direito³⁸⁷. Para tanto, três regras fundamentais são utilizadas: o critério da anterioridade (*lex posterior derogat priori*); o critério hierárquico (*lex superior derogat inferiori*); e o critério da especialidade (*lex specialis derogat generali*).³⁸⁸ A aplicação dessas técnicas implicará a prevalência de apenas uma das leis que esteja em conflito, com a consequente revogação da outra. Haveria, assim, um “‘monólogo’ de uma norma só”.³⁸⁹

Jayme, todavia, prefere a solução de coordenação entre as diversas fontes, e defende que a solução dos conflitos de lei deve emergir como resultado de um diálogo entre as fontes mais heterogêneas:

Os direitos humanos, as constituições, as convenções internacionais, os sistemas nacionais: todas essas fontes não se excluem mutuamente; elas “falam” umas com as outras. Os juízes devem coordenar essas fontes, escutando o que elas dizem.³⁹⁰

³⁸⁶ JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. In: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. The Hague Academy of International Law. Brill Online, v. 251, 2016. p. 60.

³⁸⁷ Entende-se a “antinomia jurídica como a oposição que ocorre entre duas normas contraditórias (total ou parcialmente), emanadas de autoridades competentes num mesmo âmbito normativo, que colocam o sujeito numa posição insustentável pela ausência ou inconsistência de critérios aptos a permitir-lhe uma saída nos quadros de um ordenamento dado.” (FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 212)

³⁸⁸ Cf. BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 238 *et seq.*

³⁸⁹ MARQUES, Cláudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 28.

³⁹⁰ No original: “Les droits de l’homme, les constitutions, les conventions internationales, les systèmes nationaux : toutes ces sources ne s’excluent pas mutuellement ; elles ‘parlent’ l’une à l’autre. Les juges sont tenus de coordonner ces sources en écoutant ce qu’elles disent.” (JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. In: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. The Hague Academy of International Law. Brill Online, v. 251, 2016. p. 259)

Surgida, portanto, no Direito Internacional Privado, a teoria é hoje compreendida como um método de teoria geral do direito, aplicável a todos os seus ramos, sejam eles de vertente privada ou pública, nacional³⁹¹ ou internacional³⁹², sendo útil à solução de conflitos em um cenário pós-moderno de pluralismo de fontes.³⁹³

Dois são os principais traços característicos do diálogo das fontes, pressupostos para que seja aplicado para a análise de um ordenamento jurídico ou de determinado caso concreto: trata-se de um método de interpretação (i) sistemático e (ii) que, quando utilizado para análise de um ordenamento interno, deve ser orientado “[...] por fundamentos axiológicos, com vista ao atendimento da finalidade de realização dos direitos fundamentais expressos na Constituição Federal, orientado pelo princípio da dignidade da pessoa humana”³⁹⁴.

O primeira das características depende da compreensão do Direito como um sistema, e de que “[...] a necessidade de coordenação entre as leis no mesmo ordenamento jurídico é exigência de um sistema eficiente e justo”³⁹⁵.

Amílcar de Castro ensina que:

A cada Estado corresponde necessariamente, pelo menos, uma ordem jurídica, também chamada ordem estatal, ou ordem interna, em oposição à ordem jurídica internacional. Pelo menos uma, porque alguns Estados compreendem várias. Ordem jurídica é a totalidade de critérios pelos quais devem ser juridicamente apreciadas as relações sociais dos membros de uma comunidade. Esses critérios encontram-se nas leis, na jurisprudência, nos costumes, na doutrina, e em princípios gerais não escritos. A ordem jurídica, portanto, compõe-se de princípios gerais implícitos, e de disposições particulares, de regras, de normas, de conceitos, oficiais ou oficializados, *dependentes entre si, como partes solidárias de um todo específico*. Como

³⁹¹ A teoria, inclusive, é hoje aplicada no Brasil com êxito no campo do direito do consumidor. Sobre o assunto, cf. MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 51, jul.-set. São Paulo: RT, 2004, p. 34-67. BESSA, Leonardo Roscoe. Diálogo das fontes no Direito do Consumidor: a visão do Superior Tribunal de Justiça. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 183-204.

³⁹² Sobre a aplicação do diálogo das fontes ao Direito Internacional Público, cf. AMARAL JÚNIOR, Alberto do. O “Diálogo” das Fontes: Fragmentação e Coerência no Direito Internacional Contemporâneo. *Anuário Brasileiro de Direito Internacional*, n. 3, vol. 2, 2008. p. 11-33.

³⁹³ MARQUES, Cláudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 21.

³⁹⁴ MIRAGEM, Bruno. Eppur si muove: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 78.

³⁹⁵ MARQUES, Cláudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 27.

ordem é a reta disposição das coisas, conservando cada qual o lugar que lhe compete, também é chamada sistema jurídico, por que é sempre conjunto organizado, sistematizado; não um amontoado de disposições. Todos os seus elementos encontram-se em conexão necessária: suas normas, regras, disposições, seus princípios e conceitos, escritos ou implícitos, não obstante conservem seus respectivos lugares estão intimamente relacionados uns com os outros e com o conjunto.³⁹⁶

A partir dessas características, o autor deduz quatro aspectos relevantes para a compreensão do que significa um sistema jurídico: (i) as ordens jurídicas são mais do que a simples soma de seus elementos sensíveis, ou seja, facilmente identificáveis pelos sentidos, sendo compostas por certezas e verdades intrínsecas que lhes dão sustentação e servem de base para todas as suas partes; (ii) seus elementos não são estanques, mas sim comunicáveis entre si; (iii) uma determinada ordem funciona em bloco, em sua totalidade, e não por partes isoladas, “podendo dizer-se que cada norma, cada conceito, cada princípio pressupõe ou contem em si toda a ordem de que é parte”³⁹⁷; e (iv) todas as ordens são originais, por serem próprias do meio social que as produziram; completas, por não poderem os juízes se eximir de decidir sob pretexto de lacunas ou obscuridades na lei, e exclusivas, já que são relevantes apenas os critérios de julgamento delas mesmas advindos.

Retomando a segunda das características da teoria aqui analisada, qual seja, a de que o diálogo das fontes é um método interpretativo orientado por fundamentos axiológicos, deve-se compreender que ele surge da visão internacional e cultural de Erik Jayme sobre o Direito, de uma perspectiva humanista e unitária do ordenamento jurídico, que deve ser pautado pelos direitos humanos.³⁹⁸

A responsável pela difusão e desenvolvimento da teoria no Brasil, Cláudia Lima Marques, explica que é:

[...] “diálogo” em virtude das influências recíprocas, “diálogo” porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção voluntária das partes pela fonte prevalente (especialmente em matéria de convenções internacionais e leis modelos) ou mesmo a opção por uma

³⁹⁶ CASTRO, Amílcar de. *Direito Internacional Privado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 11.

³⁹⁷ *Ibidem*. p. 12.

³⁹⁸ MARQUES, Cláudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 23-24.

solução flexível e aberta, de interpenetração, ou a solução mais favorável ao mais fraco da relação.³⁹⁹

Trata-se, portanto, de uma dialógica jurídica, ou seja, a lógica do diálogo e da coordenação de interesses, segundo a qual uma e outra norma podem coexistir, ao contrário do que seria uma dialética jurídica, em que obrigatoriamente uma das normas deve prevalecer, aplicando-se uma ou outra.⁴⁰⁰

Trata-se de uma ordenação do procedimento de interpretação sistemática do Direito, de acordo com a qual admite-se de antemão a possibilidade de aplicação de mais de uma norma a um mesmo caso, prevalecendo a interpretação que seja mais adequada em razão de sua conformidade com o sistema normativo e da unidade do ordenamento.⁴⁰¹

Em síntese:

[...] a proposta de coordenação das fontes de Erik Jayme é uma coordenação flexível e útil (*effet utile*) das normas em conflito no sistema, a fim de restabelecer a sua coerência e ressaltar os direitos humanos (*Leitmotiv* da teoria de Erik Jayme). Trata-se, em última análise, de uma mudança de paradigma: da retirada simples (revogação) de uma das normas em conflito do sistema jurídico (ou do “monólogo” de uma só norma possível a “comunicar” a solução justa) à convivência dessas normas, ao diálogo das normas para alcançar a sua *ratio*, e a finalidade “narrada” ou “comunicada” em ambas, sob a luz da Constituição, de seu sistema de valores e dos direitos humanos em geral.⁴⁰²

Há três tipos de diálogo possíveis: (i) diálogo sistemático de coerência, em que uma lei serve de base conceitual para a outra, o que ocorre, principalmente, quando as leis analisadas se caracterizam por uma ser geral e a outra específica dentro do sistema, ou mesmo uma central e a outra um microsistema específico; (ii) diálogo de complementaridade e subsidiariedade, quando uma lei complementa, por suas normas ou princípios e cláusulas gerais, a aplicação de outra, ou mesmo tem uso subsidiário; e (iii) diálogo de coordenação e adaptação sistemática, por meio do qual há influências recíprocas e sistemáticas entre as

³⁹⁹ MARQUES, Cláudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 28.

⁴⁰⁰ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Rumo às novas relações entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno: da exclusão à coexistência, da intransigência ao diálogo das fontes*. Tese de Doutorado em Direito. Porto Alegre (RS): Universidade Federal do Rio Grande do Sul/Faculdade de Direito, 2008. p. 129.

⁴⁰¹ MIRAGEM, Bruno. Eppur si muove: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 80.

⁴⁰² MARQUES, *Op. Cit.*. p. 29.

leis⁴⁰³, sendo possível, inclusive, afirmar a “necessidade de adaptar o sistema cada vez que uma nova lei nele é inserida pelo legislador”⁴⁰⁴.

Como se verá, a análise do ordenamento brasileiro, tendo como base o diálogo das fontes, demonstra que existem situações em que, apesar do art. 9º da LINDB, há permissão expressa para que as partes escolham a lei aplicável à sua relação jurídica contratual. Além disso, a própria Constituição República, principalmente quando apregoa a liberdade, é a base conceitual por excelência para que se compreenda que o princípio da autonomia da vontade é totalmente compatível com o ordenamento nacional e que sua aceitação, seja pelo juiz nacional a partir da análise que segue, seja pelo legislador, aprovando o já mencionado projeto de lei, trará coerência para o sistema.

4.4 As contradições valorativas do ordenamento brasileiro

A Constituição da República oferece todos os elementos conceituais e principiológicos para que se possa entender pela aceitação da autonomia da vontade em Direito Internacional Privado no Brasil. Além disso, uma análise das possibilidades hoje existentes para a escolha de lei em contratos internacionais B2B e, também, da atual faculdade para definição de foro, tudo com base na teoria do diálogo de fontes, demonstra que há incongruências no sistema, que devem ser eliminadas.

Será seguida a ordem de promulgação dos instrumentos normativos analisados. Tal escolha, longe de se vincular com a forma tradicional de solução de antinomias pelo critério da anterioridade, visa demonstrar que o passar do tempo faz com que seja cada vez mais insustentável que a autonomia da vontade para escolha de lei não seja amplamente aceita no Brasil.

4.4.1 A Constituição como fonte da autonomia da vontade

Como visto no capítulo anterior, mais do que como uma simples técnica para a resolução do conflito aparente de leis, faz-se necessário considerar a autonomia da vontade

⁴⁰³ MARQUES, Cláudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 32.

⁴⁰⁴ *Ibidem*. p. 31.

em toda a sua profundidade e significação. Novamente, Erik Jayme traz a base necessária para tanto:

A legitimação da autonomia da vontade das partes é, portanto, a liberdade dos indivíduos em seus assuntos pessoais e comerciais, reconhecida pelos Estados. A livre escolha da lei do contrato não é somente um fator objetivo localizador ao qual os Estados atribuem um papel primordial para a determinação da lei aplicável. Trata-se hoje de um princípio fundado sobre os direitos humanos.⁴⁰⁵

Sabe-se que, dentro do sistema constitucional nacional, os direitos humanos são tratados sob a égide dos direitos e garantias fundamentais, os quais têm como princípios basilares, no que concerne aos direitos individuais, “a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”, nos termos do caput do art. 5º da Constituição da República.⁴⁰⁶ Fica, assim, desde já, a indagação sobre em que medida a “liberdade dos indivíduos em seus assuntos pessoais e comerciais”, como defende Erik Jayme, está abarcada pela liberdade preconizada pela atual Constituição da República, o que seria o principal fundamento para a aceitação da autonomia da vontade em Direito Internacional Privado no Brasil.

Parte-se do pressuposto de que:

[...] a Constituição é o primeiro documento da vida jurídica do Estado, assim do ponto de vista cronológico como hierárquico. Ela cria ou reconstrói o Estado, dando início à ordem jurídica. Cronologicamente, ela é o marco zero das instituições, embora essa afirmativa precise ser confrontada com a circunstância de que, normalmente, já há uma ordem jurídica infraconstitucional preexistente. Por assim ser, criaram-se duas regras pragmáticas para disciplinar as relações entre uma nova Constituição e o Direito que a antecedia: 1ª) todas as normas incompatíveis com a Constituição ficam automaticamente revogadas; 2ª) todas as normas

⁴⁰⁵ No original: “La légitimation de l’autonomie de la volonté des parties est donc la liberté des individus dans leurs affaires personnelles et commerciales, reconnue par les Etats. Le libre choix de la loi du contrat n’est pas seulement un facteur objectif localisateur auquel les Etats attribuent un rôle primordial pour la détermination de la loi applicable. Il s’agit aujourd’hui d’un principe fondé sur les droit de l’homme“. (JAYME, Erik. *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*. In: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. The Hague Academy of International Law. Brill Online, v. 251, 2016. p. 147-148)

⁴⁰⁶ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União*, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 7 jun. 2016.

compatíveis com a Constituição são recepcionadas, passando a viger sob um novo fundamento de validade e, eventualmente, com nova interpretação.⁴⁰⁷

Considerando-se que a LINDB é anterior à atual Constituição da República e que não foi revogada com a entrada em vigor desta, resta verificar como deve ser a interpretação de seu art. 9º em razão de seu novo fundamento de validade, o que será feito por meio do diálogo das fontes.

De acordo com Marcelo Schenk Duque, “[...] o conceito de Constituição já pressupõe a ideia de diálogo entre as fontes normativas”⁴⁰⁸. Isso ocorre em razão da necessidade de organização e estruturação do poder político, de definição de seus limites, o que se faz, em especial, pela concessão e observância de direitos fundamentais ao cidadão.⁴⁰⁹ Nesse sentido, e retomando ideias basilares da teoria de Erik Jayme:

[...] a unidade do ordenamento jurídico é estabelecida a partir do momento em que todos os âmbitos jurídicos são reconduzidos a um princípio fundamental comum que, no caso, decorre da exaltação da pessoa como valor, expressão da sua dignidade, que origina as linhas valorativas e de conformação previstas na constituição. Trata-se, em última instância, do *Leitmotiv* da cultura jurídica contemporânea, que é exatamente, o papel primordial dos direitos humanos, em um cenário onde a pessoa humana está focada no centro do direito. Do ponto de vista do direito do Estado, essa afirmação encontra o seguinte significado prático: “O Estado está para a vontade da pessoa e não a pessoa está para a vontade do Estado.”⁴¹⁰

Pois bem. Dentre os direitos fundamentais expressos na Constituição da República está o princípio da legalidade, nos termos do art. 5º, II: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”⁴¹¹. Trata-se da cláusula constitucional da liberdade no direito brasileiro, segundo a qual, se a lei não proíbe ou não impõe

⁴⁰⁷ BARROSO, Luís Roberto. Eficácia e efetividade do direito à liberdade. In: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. t. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 79.

⁴⁰⁸ DUQUE, Marcelo Schenk. O transporte da teoria do diálogo das fontes para a teoria da constituição. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 128.

⁴⁰⁹ *Ibidem*, p. 128.

⁴¹⁰ *Ibidem*, p. 130.

⁴¹¹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União*, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 7 jun. 2016.

determinado comportamento, há liberdade para adotá-lo ou não⁴¹², o que deságua na autonomia da vontade⁴¹³ em seu sentido lato.

Pode-se entender, em primeiro lugar, que as reservas legais à autonomia dos indivíduos devem estar expressamente previstas em lei. Ora, não é isso que ocorre no art. 9º da LINDB, no qual simplesmente não há menção à autonomia da vontade, inexistindo norma legal expressa a vedando. Assim, “não havendo no ordenamento brasileiro *lei* que proíba o gozo dessa liberdade, será inconstitucional (e, portanto, inválida) qualquer restrição ao exercício da autonomia da vontade conflitual derivada de uma interpretação extensiva do art. 9º, *caput*, da [atual LINDB]”⁴¹⁴. A eleição, por óbvio, deverá observar os limites impostos pelas normas imperativas e pela ordem pública.

Em segundo lugar, não pode fugir do intérprete a compreensão de que a derivação do princípio da legalidade expresso no art. 5º, II, da Constituição da República, no âmbito do direito privado é justamente o princípio da autonomia da vontade, *lato sensu*. Sendo assim, este se irradia por todo o ordenamento como vetor axiológico para a análise de toda questão relacionada às liberdades das pessoas físicas e jurídicas, devendo ser considerado na aplicação de qualquer norma do ordenamento.⁴¹⁵ Assim, uma análise do art. 9º da LINDB conforme a Constituição da República não proíbe a eleição de lei pelas partes; entender pela prevalência da lei do local da celebração seria desproporcional, por significar o favorecimento a uma regra sem qualquer conteúdo constitucionalmente relevante.⁴¹⁶

Assim, a Constituição da República é de fato reconhecida como base conceitual para a LINDB, em um *diálogo sistemático de coerência*, e, também, servindo de complemento à norma de seu art. 9º, tendo como resultado do *diálogo de complementaridade* a afirmação da prerrogativa das partes em escolher a lei aplicável em seus contratos internacionais.

⁴¹² BARROSO, Luís Roberto. Eficácia e efetividade do direito à liberdade. In: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. t. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 85.

⁴¹³ SOUZA JR., Lauro da Gama. Autonomia da vontade nos contratos internacionais no Direito Internacional Privado brasileiro: uma leitura constitucional do artigo 9º da Lei de Introdução ao Código Civil em favor da liberdade de escolha do direito aplicável. In: BARROSO, Luis Roberto; TIBURCIO, Carmen (Org.). *O Direito Internacional Contemporâneo: Estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 612.

⁴¹⁴ *Ibidem*. p. 617.

⁴¹⁵ SOUZA JR., Lauro da Gama. Autonomia da vontade nos contratos internacionais no Direito Internacional Privado brasileiro: uma leitura constitucional do artigo 9º da Lei de Introdução ao Código Civil em favor da liberdade de escolha do direito aplicável. In: BARROSO, Luis Roberto; TIBURCIO, Carmen (Org.). *O Direito Internacional Contemporâneo: Estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 621.

⁴¹⁶ *Ibidem*. p. 622-623.

4.4.2 A liberdade de escolha no âmbito da arbitragem

Conforme explica Carmona, “ponto fundamental da arbitragem é a liberdade dos contratantes ao estabelecer o modo pelo qual seu litígio será resolvido”⁴¹⁷. Não à toa, o princípio da autonomia da vontade está expresso, de forma ampla e cristalina, na Lei de Arbitragem:

Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

§ 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

§ 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

§ 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.⁴¹⁸ (grifos nossos)

Sendo assim, ao definir que eventuais litígios decorrentes de seus contratos serão resolvidos por arbitragem, as partes têm assegurada pela legislação brasileira a escolha que eventualmente fizerem das regras de direito a reger sua pactuação⁴¹⁹. Tal escolha, inclusive, não está adstrita à legislação nacional de um ou mais Estados, podendo recair em regras transnacionais, como são os princípios gerais de direito e a *lex mercatoria*, a exemplo dos Princípios UNIDROIT, em uma legislação internacional codificada, como a CISG, podendo-se, até mesmo, ser definido que determinado litígio será resolvido por equidade⁴²⁰ (à exceção de arbitragens envolvendo a administração pública, que necessariamente serão de direito).⁴²¹

⁴¹⁷ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/1996*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 64.

⁴¹⁸ BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Lei de Arbitragem. *Diário Oficial da União*, 24 set. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 3 jun. 2016.

⁴¹⁹ Não se ignora que as questões envolvendo escolha de lei em arbitragem internacionais vão muito além da escolha das normas materiais de regência do contrato, envolvendo, também, a lei aplicável à cláusula arbitral, ao procedimento (*lex arbitri*), podendo ainda existir questões relativas às regras de conflito para a definição de cada uma das citadas leis. Sobre o assunto, cf. BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. 2. ed. Roterdã: Kluwer Law International, 2014. p. 2618.

⁴²⁰ MARQUES, Ricarco Dalmaso. A lei aplicável à cláusula arbitral na Arbitragem Comercial Internacional. *Revista Brasileira de Arbitragem*, ano 12, vol. 47, p. 7-37, jul-ago-set, 2015. p. 12.

⁴²¹ Sobre arbitragem e administração pública, Cf. LOPES, Christian Sahb Batista; DIAS, Maria Tereza Fonseca; SILVA, Lucas Sávio Oliveira da. Por que usar a arbitragem na solução de controvérsias em parcerias público-

A Lei de Arbitragem não é a única norma do ordenamento brasileiro a garantir a autonomia da vontade em arbitragem. Também o faz o Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul, conhecido como Protocolo de Buenos Aires:

Artigo 10 - Direito aplicável à controvérsia pelo tribunal arbitral

As partes poderão eleger o direito que se aplicará para solucionar a controvérsia com base no direito internacional privado e seus princípios, assim como no direito de comércio internacional. Se as partes nada dispuserem sobre esta matéria, os árbitros decidirão conforme as mesmas fontes.⁴²²

Ressalte-se que, ainda que a literalidade do mencionado artigo pudesse dar margem a questionamentos sobre a aceitação pelo Brasil da faculdade conferida às partes quanto à escolha da lei aplicável, o texto do Decreto nº 4.719, que promulgou a norma internamente, é claro na defesa da autonomia da vontade:

Art. 1º O Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul, concluído em Buenos Aires, em 23 de julho de 1998, apenso por cópia ao presente Decreto, será executado e cumprido como nele se contém, ressalvado seu art. 10, que deve ser interpretado no sentido de permitir às partes escolherem, livremente, as regras de direito aplicáveis à matéria a que se refere o dispositivo em questão, respeitada a ordem pública internacional.⁴²³

Ou seja, o único limite estabelecido foi, como não poderia deixar de ser, a ordem pública internacional.

A diferença entre o estabelecido na Lei de Arbitragem quanto à lei aplicável e a regra do art. 9º da LINDB não passou despercebida pela doutrina nacional.⁴²⁴ Carmona, por exemplo, defende que, ainda que a norma geral da Lei de Introdução pareça afrontada pelo que estabelece o art. 2º do diploma arbitral, não existiria qualquer anomalia.⁴²⁵ A superação da rigidez da LINDB em matéria de arbitragem é, inclusive, vista pelo autor como uma forma

privadas? In: ANDRADE, Érico Andrade; DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Coords.) *Tensões entre o público e o privado*. Encontro Luso-Brasileiro de Direito. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 43-65.

⁴²² BRASIL. Decreto nº 4.719, de 4 de junho de 2003. Promulga o Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul. *Diário Oficial da União*, 5 jun. 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/D4719.htm>. Acesso em: 3 jun. 2016.

⁴²³ *Ibidem*.

⁴²⁴ Leonardo de Faria Beraldo identifica, inclusive, o fato de que, ainda que seja pacífica no Brasil a eleição de lei em arbitragens internacionais, não há consenso sobre esta possibilidade em arbitragens domésticas. Cf. BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem*: nos termos da Lei 9.307/1996. São Paulo: Atlas, 2014. p. 51 *et seq.*

⁴²⁵ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*: um comentário à Lei nº 9.307/1996. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 64.

de tranquilizar os estrangeiros que vierem contratar no Brasil, que poderão evitar, pelo motivo que seja, a aplicação da lei brasileira, escolhendo desde já lei material a qualificar e reger as obrigações por eles assumidas no país.⁴²⁶

De fato, considerando as incertezas geradas pela literalidade do art. 9º da LINDB, retira-se a segurança jurídica de ter uma escolha de lei reconhecida pelo Judiciário nacional e aumenta-se o chamado “custo Brasil”.⁴²⁷ Assim, ponderando os custos de transação, ou seja, “[...] aqueles que não se vinculam diretamente à execução do objeto do contrato, mas se relacionam à transação subjacente ao negócio jurídico entabulado”⁴²⁸, fica evidente que a prevalência da autonomia da vontade em arbitragem, segundo a qual os árbitros decidirão conforme parâmetro estabelecidos pelos próprios litigantes⁴²⁹, é um elemento a ser considerado. Isso porque:

[...] a eleição do juízo arbitral nos contratos confere aos contratantes certo grau de previsibilidade das soluções dos eventuais conflitos que poderão surgir no âmbito do relacionamento comercial estabelecido entre as partes, o que, por sua vez, diminui os custos de transação do ajuste contratual.⁴³⁰

Sabe-se, porém, que nem todos os litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, apesar do permissivo amplo do art. 1º da Lei de Arbitragem, podem – ou devem – ser levados à arbitragem pelo simples fato de ser este um método oneroso para a resolução de conflitos. Partindo deste pressuposto, a possibilidade de exercer a autonomia da vontade em um contrato internacional no Brasil dependerá, em grande medida, do poder econômico das partes envolvidas no contrato, o que parece ser ilógico.

Dolinger se mostra perplexo com a incongruência existente no sistema:

⁴²⁶ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/1996*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p.64.

⁴²⁷ RODAS, Gradino, *apud*. DOLINGER, Jacob. A autonomia da vontade para escolha da lei aplicável no Direito Internacional Privado Brasileiro: a prejudicial modéstia da doutrina brasileira. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Orgs.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernandes da Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 97.

⁴²⁸ NEVES, Flávia Bittar; SOARES, Pedro Silveira Campos. Arbitragem e custos de transação dos contratos complexos. *Revista de Arbitragem – Grupo de Estudos em Arbitragem da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Número Especial. Arbitragem – Questões Polêmicas*. Lucila de Oliveira Carvalho (coord.) (jul/dez. 2012). Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2012. p. 22.

⁴²⁹ FERRARI, Franco; SILBERMAN, Linda. Getting to the merits in international arbitration and the consequences of getting it wrong. *Revista Brasileira de Arbitragem*, ano 6, vol. 23, p. 73-121, abr-maio-jun, 2010.p. 76-77.

⁴³⁰ NEVES, Flávia Bittar; SOARES, Pedro Silveira Campos. Arbitragem e custos de transação dos contratos complexos. *Revista de Arbitragem – Grupo de Estudos em Arbitragem da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Número Especial. Arbitragem – Questões Polêmicas*. Lucila de Oliveira Carvalho (coord.) (jul/dez. 2012). Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2012. p. 27.

O debate em torno da admissão pelo legislador brasileiro da autonomia das partes para escolher a lei aplicável ao contrato internacional deveria ter cessado desde que a lei de arbitragem expressamente autorizou os contratantes a escolher a lei aplicável ao processo arbitral. Qual seria a razão, o sentido lógico de que na arbitragem as partes têm o direito de fixar a lei que será aplicada na solução de sua desavença e que não o possam fazer na hipótese de solução judicial?⁴³¹

As indagações do professor evidenciam que, com a entrada em vigor da Lei de Arbitragem, novos valores passaram a fazer parte do ordenamento brasileiro. Sendo assim, sua interpretação, quando pautada pelo *diálogo de coordenação e adaptação sistemática* entre a LINDB e a Lei de Arbitragem, deve gerar uma adaptação do sistema, de forma que se reconheça a autonomia da vontade também perante a jurisdição estatal, sob pena de gerar desigualdades injustificadas com relação aos litigantes que não se valham, ou mesmo não se possam valer, da arbitragem.

4.4.3 CISG: conflito evidente

Depois de uma espera de quase 33 anos⁴³², o Brasil aderiu à Convenção de Viena Sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias, conhecida internacionalmente pela sigla em inglês CISG, a qual conta hoje com 85 Estados-parte⁴³³. Tendo entrado em vigor para o Brasil em 1º de abril de 2014⁴³⁴, a CISG passou a ser sua norma interna, aplicável a todos os contratos internacionais em matéria de compra e venda internacional de mercadorias.

⁴³¹ DOLINGER, Jacob. A autonomia da vontade para escolha da lei aplicável no Direito Internacional Privado Brasileiro: a prejudicial modéstia da doutrina brasileira. In. LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (orgs.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernandes da Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 107.

⁴³² A adesão do Brasil à CISG se deu em 3 de abril de 2013, todavia, a Convenção houvera sido adotada em 11 de abril de 1980 pela UNCITRAL. Cf. UNCITRAL. Texts adopted by the United Nations Conference on Contracts for the International Sales of Goods - Final Act. Vienna, 10 March – 11 April 1980. *A/CONF.97/18*. Disponível em: <<http://www.uncitral.org/pdf/english/yearbooks/yb-1980-e/vol11-p149-150-e.pdf>>. Acesso em 4 jun. 2016.

⁴³³ De acordo com informações do site da UNCITRAL. (STATUS. United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna, 1980). *UNCITRAL Website*. Disponível em: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html>. Acesso em: 4 jun. 2016)

⁴³⁴ Tal data foi definida com a aplicação do art. 99(a) da CISG e foi, de fato, a data em que a convenção passou a vigorar internacionalmente para o Brasil. Todavia, até 16 de outubro de 2015, data em que ela foi promulgada no Brasil, pairou a dúvida sobre sua entrada em vigor interno. O Decreto 8.327/2015, que traz o texto em português da CISG (BRASIL. Decreto nº 8.327, de 16 de outubro de 2014. Promulga a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias - Uncitral, firmada pela República Federativa do Brasil, em Viena, em 11 de abril de 1980. *Diário Oficial da União*, 17 out. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8327.htm>. Acesso em: 15 mar. 2016) Todas as citações à CISG neste trabalho tomarão como base o texto deste decreto.

A CISG pode ser considerada como um grande avanço à aceitação da autonomia da vontade, ao menos dentro do seu escopo de aplicação⁴³⁵. Ao permitir, em seu art. 6º, que as partes excluam de sua relação contratual a aplicação da Convenção, ou mesmo derroguem suas disposições dentro dos limites impostos⁴³⁶, foi por ela afirmado o princípio de que a fonte normativa primária nos contratos comerciais internacionais é a autonomia da vontade.⁴³⁷ Frise-se que, segundo doutrina especializada⁴³⁸, uma das maneiras de excluir a aplicação da Convenção é a designação pelas partes da lei de um país específico que não seja parte da CISG como aplicável ao contrato. Além disso, entende-se que a própria Convenção regula a forma de exclusão, o que deve ser realizado de acordo com suas regras de formação contratual.⁴³⁹

Por si só a questão acima apresentada já evidenciaria mais uma incoerência do ordenamento brasileiro: a definição de que, para um tipo contratual (compra e venda internacional de mercadorias), haveria autonomia para escolha de lei aplicável, permanecendo todos os demais contratos, como de prestação de serviços, para citar apenas um, vinculados à regra geral da *lex loci celebrationis*. Todavia, a questão apresenta meandros que precisam ser explorados e que a tornam ainda mais complexa.

Segundo o art. 4º da CISG, a “Convenção regula apenas a formação do contrato de compra e venda e os direitos e obrigações do vendedor e comprador dele emergentes”,

⁴³⁵ Os arts. 1º e 2º da Convenção são os que definem seu escopo de aplicação: “Artigo 1. (1) Esta Convenção aplica-se aos contratos de compra e venda de mercadorias entre partes que tenham seus estabelecimentos em Estados distintos: (a) quando tais Estados forem Estados Contratantes; ou (b) quando as regras de direito internacional privado levarem à aplicação da lei de um Estado Contratante. (2) Não será levado em consideração o fato de as partes terem seus estabelecimentos comerciais em Estados distintos, quando tal circunstância não resultar do contrato, das tratativas entre as partes ou de informações por elas prestadas antes ou no momento de conclusão do contrato. (3) Para a aplicação da presente Convenção não serão considerados a nacionalidade das partes nem o caráter civil ou comercial das partes ou do contrato. Artigo 2. Esta Convenção não se aplicará às vendas: (a) de mercadorias adquiridas para uso pessoal, familiar ou doméstico, salvo se o vendedor, antes ou no momento de conclusão do contrato, não souber, nem devesse saber, que as mercadorias são adquiridas para tal uso; (b) em hasta pública; (c) em execução judicial; (d) de valores mobiliários, títulos de crédito e moeda; (e) de navios, embarcações, aerobarcos e aeronaves; (f) de eletricidade.”

⁴³⁶ Tal prerrogativa deve respeitar as disposições do art. 12 da Convenção, o qual se refere à impossibilidade de que as partes derroguem ou modifiquem os efeitos relativos à reserva que eventualmente um de seus países tenha feito quanto à impossibilidade de que os contratos sejam evidenciados em forma que não a escrita.

⁴³⁷ UNCITRAL. *Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. New York: United Nations, 2012. Disponível em: <<https://www.uncitral.org/pdf/english/clout/CISG-digest-2012-e.pdf>>. Acesso em: 7 jun. 2016. p. 33.

⁴³⁸ Ver, por exemplo, ENDERLEIN, Fritz; MASKOW, Dietrich. *International Sales Law*. Oceana Publications, 1992. p. 49 e SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. 3. ed. New York: Oxford, 2010. p. 108.

⁴³⁹ CISG ADVISORY COUNCIL. *Opinion n. 16 – Exclusion of the CISG under Article 6*. Pretoria, África do Sul, 30 maio 2014. Disponível em: <<http://www.cisgac.com/default.php?ipkCat=128&ifkCat=237&sid=237>>. Acesso em: 5 jun. 2016.

ficando, salvo disposição expressa da própria Convenção, excluída sua aplicação para a verificação da “validade do contrato ou de qualquer das suas cláusulas” e, ainda, dos “efeitos que o contrato possa ter sobre a propriedade das mercadorias vendidas”.⁴⁴⁰

Entende-se que:

[...] no que diz respeito às questões não regidas pela CISG, estas devem ser tratadas de acordo com o direito interno ou de outros conjuntos de regras uniformes em vigor que tratem da questão em causa. Que lei interna se aplicará deve ser algo definido de acordo com as regras de conflito do foro – domésticas ou uniformes – ou de acordo com regras de arbitragem aplicáveis, respectivamente.⁴⁴¹

Diante destes fatos, e da regra estabelecida no art. 9º da LINDB, surgem indagações que necessitam ser respondidas. Até que ponto a autonomia da vontade das partes, tal como estabelecida na CISG, é garantida pelo sistema brasileiro? A adoção da CISG pelo Brasil dá segurança de que a escolha da lei aplicável a um contrato internacional de compra e venda de mercadorias, incluindo todas as questões que podem dele surgir, será algo respeitado pelos tribunais nacionais? Como fica a regulação das matérias que não se enquadram no âmbito de aplicação da Convenção? Para estas, segue a definição de acordo com o local de celebração do contrato?

O conflito entre a regra geral da CISG e o das normas de Direito Internacional Privado brasileiras é evidente. Todavia, como existe uma relação de complementariedade entre as regras da CISG e as de Direito Internacional Privado nacionais para as questões por ela não reguladas, não é possível utilizar as normas de solução de antinomias tradicionais, por ser impossível falar em revogação. É preciso, portanto, que se aplique o diálogo de fontes, especificamente o *diálogo sistêmico de coerência*, admitindo-se a autonomia da vontade mesmo para as questões não reguladas pela CISG, sob pena de negar-se vigência plena à Convenção e a um de seus princípios basilares.

⁴⁴⁰ BRASIL. Decreto nº 8.327, de 16 de outubro de 2014. Promulga a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias - Uncitral, firmada pela República Federativa do Brasil, em Viena, em 11 de abril de 1980. *Diário Oficial da União*, 17 out. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8327.htm>. Acesso em: 15 mar. 2016.

⁴⁴¹ No original: “As far as matters are not governed by the CISG, they must be dealt with either under domestic law or other uniform sets of rules in force which address the matter at issue. Which domestic law applies is to be determined in accordance with the applicable – domestic or uniform – conflict of laws rules of the forum or the applicable arbitration rules respectively.” (SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. 3. ed. New York: Oxford, 2010. p. 77)

Some-se a isso a necessidade, uma vez mais, de realização de um *diálogo de coordenação e adaptação sistemática*, passando a reconhecer a autonomia da vontade para escolha de lei não apenas para os contratos de compra e venda internacional de mercadorias, mas também para todos os outros tipos contratuais, evitando-se a formação de verdadeiras ilhas de liberdade em meio a um oceano restritivo, sem que haja qualquer justificativa plausível para tal.

4.4.4 O Novo CPC e o reconhecimento da liberdade de escolha de foro

Uma das inovações trazidas pelo Novo CPC foi seu artigo 25:

Art. 25. Não compete à autoridade judiciária brasileira o processamento e o julgamento da ação quando houver cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro em contrato internacional, arguida pelo réu na contestação.⁴⁴²

Assim como ocorre hoje com relação à autonomia da vontade para escolha de lei aplicável, até a entrada em vigor do Novo CPC⁴⁴³ houve incerteza e insegurança jurídica com relação à aceitação, pelo ordenamento brasileiro, da escolha de foro.⁴⁴⁴ Agora, as partes que firmarem um contrato internacional com escolha de foro terão sua vontade reconhecida pelo ordenamento brasileiro.

A autonomia para a eleição de foro não é, porém, absoluta, já que foram mantidas hipóteses em que a jurisdição nacional será exclusiva.

Nadia de Araujo explica que:

[...] a inclusão de cláusulas de escolha de foro em contratos internacionais é uma prática necessária uma vez que diversos países podem ser competentes ao mesmo tempo para uma ação internacional, em face a inexistência de regras internacionais uniformes e universalmente aceitas sobre jurisdição internacional. Quando o litígio surge, há uma corrida para diversos locais como foros competentes, porque as partes procuram utilizar o tribunal do

⁴⁴² BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 3 jun. 2016.

⁴⁴³ O que ocorreu em 18 de março de 2016, conforme decisão do Pleno do Superior Tribunal de Justiça. Cf. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Pleno do STJ define que o novo CPC entra em vigor no dia 18 de março. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/Not%C3%ADcias/Not%C3%ADcias/Pleno-do-STJ-define-que-o-novo-CPC-entra-em-vigor-no-dia-18-de-mar%C3%A7o>. Acesso em: 6 jun. 2016.

⁴⁴⁴ ARAUJO, Nadia. Convenção de Haia sobre Escolha de Foro no Brasil: necessidade de sua adoção. *Revista Brasileira de Arbitragem*, ano 4, vol. 18, abr-maio-jun, 2008.

país em que sintam poderem ser mais beneficiadas, pela análise das vantagens das regras relativas aos aspectos processuais da questão, e da lei aplicável entre outros.⁴⁴⁵

A mencionada corrida é o que ficou conhecido por *forum shopping*, termo pejorativo que descreve essa verdadeira mercantilização das jurisdições estatais.

Ao permitir que as partes possam eleger o foro, o Brasil impede tal prática, dando a certeza de que, aqui, desde que arguida a cláusula em contestação, sob pena de prorrogação de competência, será respeitada a escolha das partes à época de assinatura do contrato. A salutar prática já era garantida nacionalmente em arbitragem, tanto por força da lei que a regulamenta⁴⁴⁶, quanto da Convenção de Nova Iorque⁴⁴⁷.

Ressalte-se que o estabelecimento da liberdade para eleição de foro confere coerência ao ordenamento jurídico nacional em matéria processual. A escolha de foro já era permitida entre os Estados-parte do Mercosul em razão do Protocolo de Buenos Aires⁴⁴⁸, estabelecendo verdadeira ilha de autonomia em meio à insegurança de que escolhas fora desse âmbito fossem desconsideradas sumariamente pelo Judiciário nacional.

Eleição de foro e escolha de lei aplicável são questões que não se confundem: a eleição de foro tem implicações exclusivamente processuais e a escolha de lei denota relação de direito material. Todavia, a escolha de foro influi na lei aplicável, uma vez que o juiz decidirá de acordo com suas próprias normas conflituais qual Direito regulará o contrato, podendo até mesmo não considerar possível a escolha de lei realizada pelas partes se seu ordenamento foi refratário à prerrogativa. A nova regra, na prática, poderá assegurar a definição de lei pelas partes, caso elas elejam o foro de um Estado que reconheça a autonomia da vontade.

A incoerência do ordenamento brasileiro é, uma vez mais, patente: se por um lado não haveria liberdade para escolha de lei aplicável, por outro a permissão para escolha de foro poderá ser uma forma de escapar da aplicação da *lex loci celebrationis*.

⁴⁴⁵ ARAUJO, Nadia. Convenção de Haia sobre Escolha de Foro no Brasil: necessidade de sua adoção. *Revista Brasileira de Arbitragem*, ano 4, vol. 18, abr-maio-jun, 2008. p. 37.

⁴⁴⁶ BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Lei de Arbitragem. *Diário Oficial da União*, 24 set. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 3 jun. 2016.

⁴⁴⁷ BRASIL. Decreto nº 4.311, de 23 de julho de 2002. Promulga a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras. *Diário Oficial da União*, 24 jul. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4311.htm>. Acesso em: 6 jun. 2016.

⁴⁴⁸ Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual, concluído em Buenos Aires, em 5 de agosto de 1994. BRASIL. Decreto nº 2.095, de 17 de dezembro de 1996. Promulga o Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual. *Diário Oficial da União*, 18 dez. 1996. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/mercosul/protocolos/buenos_aires.htm>. Acesso em: 6 jun. 2016.

Por meio do *diálogo de coordenação e adaptação sistemática*, fica evidente a necessidade de adaptar o sistema com base no novo valor inserido no ordenamento brasileiro, qual seja, o reconhecimento da autonomia das partes para escolha do foro para resolução de controvérsias, respeitadas as hipóteses de competência exclusiva do juiz nacional.⁴⁴⁹

4.5 A necessidade de coerência sistêmica e a afirmação do princípio da autonomia da vontade

Como visto, o ordenamento brasileiro não é avesso à autonomia da vontade para escolha de lei aplicável aos contratos internacionais. Além de o princípio derivar diretamente da Constituição da República e não ser vedado em lei, como exige a norma do art. 5º, II, CR/88, ele é plenamente aceito em arbitragem, foi incorporado à normativa nacional em matéria de compra e venda internacional de mercadorias por meio da adesão do Brasil à CISG e, ainda, pode ser exercido de forma indireta por meio da liberdade de escolha de foro.

A análise dialógica da LINDB com todas estas fontes evidencia as incongruências existentes no ordenamento brasileiro em matéria de escolha da lei aplicável. Mais do que isso, demonstra que coerência e unidade só serão alcançadas com a afirmação da autonomia da vontade.

Ainda que existam argumentos para que se defenda, em um caso concreto, o reconhecimento pelo Judiciário nacional da escolha de lei em determinado contrato, o risco de uma decisão baseada na literalidade do art. 9º, *caput*, LINDB existe. Assim sendo, de forma a acabar com qualquer discussão a respeito, se faz necessário que o legislativo aprove, o quanto antes, as alterações à LINDB propostas pelo Projeto de Lei do Senado nº 281, de 2012⁴⁵⁰,

⁴⁴⁹ Estabelecidas no art. 23 do Novo CPC: Art. 23. Compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra: I - conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil; II - em matéria de sucessão hereditária, proceder à confirmação de testamento particular e ao inventário e à partilha de bens situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território nacional; III - em divórcio, separação judicial ou dissolução de união estável, proceder à partilha de bens situados no Brasil, ainda que o titular seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território nacional.

⁴⁵⁰ SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei do Senado nº 281*, de 2012. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para aperfeiçoar as disposições gerais do Capítulo I do Título I e dispor sobre o comércio eletrônico. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106768>>. Acesso em: 1 jun. 2016.

hoje tramitando na Câmara dos Deputados como Projeto de Lei nº 3.514/2015.⁴⁵¹ Até lá, a opção mais segura e recomendável será escolher a arbitragem.

⁴⁵¹ CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 3.514/2015*. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para aperfeiçoar as disposições gerais do Capítulo I do Título I e dispor sobre o comércio eletrônico, e o art. 9º do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), para aperfeiçoar a disciplina dos contratos internacionais comerciais e de consumo e dispor sobre as obrigações extracontratuais. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2052488>>. Acesso em: 1 jun. 2016.

CONCLUSÃO

Em sua conferência magna de abertura do Curso da Academia de Direito Internacional de Haia de 2000, Erik Jayme afirma que a solução para a manutenção do justo equilíbrio entre as partes profissionais em negócios provenientes da Internet, dada a ubiquidade do meio, seria a salvaguarda da certeza do Direito, permitindo-se que as partes escolhessem o foro competente e a lei aplicável. Recorrer ao princípio da autonomia da vontade nos contratos eletrônicos implica admitir alternativas para soluções de questões ainda pendentes na agenda da regulamentação normativa em contextos de novas tecnologias.

Por que limitar a lei aplicável a um contrato internacional ao local de contratação? Por que fazê-lo em especial quando o acordo é firmado entre empresários, homens ativos e probos, conhecedores de seus negócios e interesses e que, portanto, saberiam escolher a melhor forma de regular sua relação? Como seguir com este entendimento quando as relações comerciais passam a ser, cada vez mais, travadas em um meio que, por suas próprias características, não comporta soluções localizadoras? Quais seriam as justificativas para que o legislador brasileiro preferisse a criação de ilhas de liberdade, nas quais a autonomia da vontade é garantida, em detrimento da coerência e unidade do sistema? Como não reconhecer, de uma vez por todas, que o homem deve ser colocado no centro das reflexões e que sua autonomia deve ser fomentada na maior extensão possível, a não ser quando existam interesses imperiosos que possam o coibir? E, se há interesses que justificariam a restrição da escolha da lei aplicável em contratos internacionais interempresariais, seriam eles maiores que os de garantir o desenvolvimento nacional por meio da segurança jurídica que seria conferida às partes?

Espera-se que, com este trabalho, tais questionamentos tenham surgido na mente de seus leitores. Mais que isso, que eles tenham sido minimamente respondidos no sentido de que, mais do que nunca, não há motivos para que o Brasil siga na contramão dos sistemas internacionais e do exemplo da maioria dos Estados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Livros e capítulos de livros

ABBATE, Janet. *Inventing the Internet*. Massachusetts: The MIT Press, 1999.

AGUIRRE, Cecilia Fresnedo de; ARROYO, Diego P. Fernández. Obligaciones contractuales: aspectos generales. In: ARROYO, Diego P. Fernández (Coord.). *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*. Buenos Aires: Zavalia Editor, 2003. p. 949-978.

ALMEIDA, Daniel Freire e. *Um tribunal internacional para a internet*. São Paulo: Almedina, 2015.

ARAUJO, Nadia de. *Contratos Internacionais: Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira*. 6. ed. Porto Alegre: Revolução eBook, 2016.

ARROYO, Diego P. Fernández. Personas físicas. In: ARROYO, Diego P. Fernández (Coord.). *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*. Buenos Aires: Zavalia, 2003. p. 505-540.

BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos Internacionais*. São Paulo: Lex Editora, 2010.

BARAN, Paul. *On Distributed Communications*. I. Introduction to Distributed Communications Networks. Santa Monica: The Rand Corporation, 1964.

BARBI FILHO, Celso. Princípios para uma nova teoria geral dos contratos comerciais. In: SANTOS, Theophilo de Azeredo (Org.). *Novos estudos em direito comercial em homenagem a Celso Barbi Filho*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 19-31.

BASSO, Maristela. *Curso de direito internacional privado*. 3. ed. Belo Horizonte: Atlas, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Eficácia e efetividade do direito à liberdade. In: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. t. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem: nos termos da Lei 9.307/1996*. São Paulo: Atlas, 2014.

BERTOLDI, Marcelo M. *Curso avançado de direito comercial*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Princípios Elementares de Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1934.

BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

- BOELE-WOELKI, Katharina. Unifying and Harmonizing Substantive and the Role of Conflict of Laws. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*. t. 340, p. 271-461, 2009.
- BOGGIANO, Antonio. *Derecho Internacional Privado: Teoría General – Derecho Procesal Internacional – Derecho Civil Internacional*. t. I. 5. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006.
- BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. 2. ed. Roterdã: Kluwer Law International, 2014.
- BRIGGS, Asa; BURKE, Peter. *Uma história social da Mídia – De Gutenberg à Internet*. Trad. Maria Carmelita Pádua Dias. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.
- BUENO, José Antônio. *Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Thypographia Imp. E Const. J. Villeneuve, 1863. *Apud*. ARAUJO, Nadia de. *Contratos Internacionais: Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 94-95.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/1996*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- CARNELUTTI, F. Studi sulla sottoscrizione. *apud* ZOCCOLI, Dinemar. Autenticidade e integridade dos documentos eletrônicos: a firma eletrônica. In: AIRES, José Rover (Org.). *Direito, sociedade e informática: limites e perspectivas da vida digital*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000.
- CASTELLS, Manuel. *A Galáxia da Internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. Trad. Maria Luiza de X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.
- CASTRO, Amílcar de. *Direito Internacional Privado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de Direito Comercial*. v. 3. Direito de empresa. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- COOPER, John M. Stoic Autonomy. In: PAUL, Ellen Frankel; MILLER, Fred. D. Jr; PAUL, Jeffrey (Orgs.). *Autonomy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. p. 1-29.
- DAVIDSON, Alan. *The law of electronic commerce*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- DE BOER, Th. M. Facultative choice of law: the procedural status of choice-of-law rules and foreign law. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. The Hague Academy of International Law. Brill Online, v. 251, 2016. p. 235-270.
- DIZ, Jamile Bergamaschine Mata; DINIZ, Rodrigo Vaslin. Análise da teoria dos vínculos mais estreitos: por uma nova abordagem para a aplicação do direito internacional priva. In: CAPUCIO, Camila *et al* (Orgs.). *Direito Internacional no Nosso Tempo: relações jurídicas privadas, comerciais e dos investimentos*. v. 3. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.
- DOLINGER, Jacob. A autonomia da vontade para escolha da lei aplicável no Direito Internacional Privado Brasileiro: a prejudicial modéstia da doutrina brasileira. In: LEMES,

Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Orgs.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernandes da Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 72-111.

DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado (Parte Especial) – Direito civil internacional*. v. II. Contratos e obrigações no direito internacional privado. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: parte geral*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

DRAETTA, Ugo. Internet et commerce électronique en Droit International des Affaires. *Recueil des cours*, 314, p. 9-232, 2005.

DROMS, Ralph; LEMON, Ted. *The DHCP Handbook*. 2. ed. Indianapolis: Sams Publishing, 2003.

DUQUE, Marcelo Schenk. O transporte da teoria do diálogo das fontes para a teoria da constituição. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 123-157.

DWORKIN, Gerald. *The Theory and Practice of Autonomy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

EISELEN, Sieg. The purpose, scope and underlying principles of the UNECIC. In: ANDERSEN, Camilla B. SCHROETER, Ulrich G. (Orgs). *Sharing international commercial law across national boundaries*. Londres: Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2008.

ENDERLEIN, Fritz; MASKOW, Dietrich. *International Sales Law*. Nova Iorque: Oceana Publications, 1992.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FORGIONI, Paula A. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; VON ADAMEK, Marcelo Vieira (Orgs.). *Temas de direito empresarial e outros estudos em homenagem ao Professor Luiz Gastão Paes de Barros Leães*. São Paulo: Malheiros, 2014.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Os contratos mercantis e o Código Civil. In: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; VON ADAMEK, Marcelo Vieira (Orgs.). *Temas de direito empresarial e outros estudos em homenagem ao Professor Luiz Gastão Paes de Barros Leães*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 111-123.

HÖRNLE, Julia. *Cross-border Internet Dispute Resolution*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. In: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. The Hague Academy of International Law. Brill Online, v. 251, 2016. p. 9-267.

JUENGER, Friedrich K. General course on private international law. *Recueil des Cours – Académie de Droit International de la Haye*, T. 193, 1985. p. 119-387.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Trad. Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Companhia Editorial Nacional, 1964.

KOHLER, Christian. Autonomie de la Volonté en Droit International Privé: Un Principe Univerrel entre Libéralisme et Etátisme. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, T. 359, 2012.

LOPES, Christian Sahb Batista; DIAS, Maria Tereza Fonseca; SILVA, Lucas Sávio Oliveira da. Por que usar a arbitragem na solução de controvérsias em parcerias público-privadas? In: ANDRADE, Érico Andrade; DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Coords.) *Tensões entre o público e o privado*. Encontro Luso-Brasileiro de Direito. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 43-65.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Informática, Cyberlaw e E-Commerce. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto *et al* (Coords.). *Direito & internet: aspectos jurídicos relevantes*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 466-508.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Contratos “Eletrônicos”. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coords.). *Direito & internet vol. II - Aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 542-594.

MARQUES, Cláudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 17-66.

MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Rumo às novas relações entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno: da exclusão à coexistência, da intransigência ao diálogo das fontes*. Tese de Doutorado em Direito. Porto Alegre (RS): Universidade Federal do Rio Grande do Sul/Faculdade de Direito, 2008.

MIGUEL, Paula Castello. *Contratos entre empresas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MIRAGEM, Bruno. Eppur si muove: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 67-109.

NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*. v. 2. Títulos de crédito e contratos empresariais. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NEGROPONTE, Nicholas. *Being Digital*. Londres: Hodder & Stoughton, 1995.

NEVOT, José Antonio López. *La aportación marital en la historia del derecho castellano*. Almeria: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Almeria. 1998.

NIBOYET, J. P. La théorie de l'autonomie de la volonté. *Recueil des Cours – Académie de Droit International de la Haye*, T. 16, 1927.

NYGH, Peter E. The reasonable expectations of the parties as a guide to the choice of law in contract and in Tort. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*. T. 251, 1995.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. III, Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

POLÁNSKI, Paul Przemyslaw. The internationalization of internet law. In: KLABBERS, Jan; SELLER, Mortimer (Ed.). *The Internationalization of Law and Legal Education*. Springer, 2008.

POTTER, David. *A History of France, 1460-1560 – The emergence of a Nation State*. London: Macmillan, 1995.

QUEIROZ, Regis Magalhães Soares de Queiroz; FRANÇA, Henrique de Azevedo Ferreira. Assinatura digital e a cadeia de autoridades certificadoras. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Aldalberto *et al* (Coords.). *Direito & internet: aspectos jurídicos relevantes*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 411-464.

REBOLÇAS, Rodrigo Fernandes. *Contratos Eletrônicos: formação e validade – aplicações práticas*. São Paulo: Almedida, 2015.

SANTOS, Theophilo de Azeredo (Org.). *Novos estudos em direito comercial em homenagem a Celso Barbi Filho*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. 3. ed. New York: Oxford, 2010.

SOUZA JR., Lauro da Gama. Autonomia da vontade nos contratos internacionais no Direito Internacional Privado brasileiro: uma leitura constitucional do artigo 9º da Lei de Introdução ao Código Civil em favor da liberdade de escolha do direito aplicável. In: BARROSO, Luis Roberto; TIBURCIO, Carmen (Org.). *O Direito Internacional Contemporâneo: Estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 599-626.

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

STREGNER, Irineu. *Direito Internacional Privado*. 5. Ed. São Paulo: LTR, 2003.

VICENTE, Dário Moura. *Direito Internacional Privado – Problemática Internacional da Sociedade da Informação*. Coimbra: Almedina, 2005.

WANG, Faye Fangfei. *Internet jurisdiction and choice of law*. Legal practices in the EU, US and China. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

Artigos

A BRIEF History of NSF and the Internet. *National Science Foundation Website*, August 13, 2003. Disponível em: <http://www.nsf.gov/news/news_summ.jsp?cntn_id=103050>. Acesso em: 24 abr. 2016.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, vol. 45, jan/mar 2011, p. 91-110. Disponível em: <http://www.ruyrosado.com/upload/site_producaointelectual/141.pdf>. Acesso em: 16 maio 2016.

ARAUJO, Nadia. Convenção de Haia sobre Escolha de Foro no Brasil: necessidade de sua adoção. *Revista Brasileira de Arbitragem*, ano 4, vol. 18, p. 27-38, abr-maio-jun, 2008.

ARAUJO, Nadia de; SALDANHA, Fabiola. Recent developments and current trends on Brazilian Private International Law concerning international contracts. *Panorama of Brazilian Law*. v. 1, n. 1, 2013. p. 73-83.

AUTONOMIA. Wikipédia, a enciclopédia livre. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Autonomia>>. Acesso em: 16 maio 2016.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Diálogos com a doutrina: entrevista com Antônio Junqueira de Azevedo. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 34, p. 304-305, abril/jun. 2008. *Apud* AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, vol. 45, jan/mar 2011, p. 91-110. Disponível em: <http://www.ruyrosado.com/upload/site_producaointelectual/141.pdf>. Acesso em: 16 maio 2016.

BENSON, John. Who is the Autonomous Man? *Philosophy*. v. 58, n. 223, jan. 1983. p. 5-17.

BERNASCONI, Christophe. Foreword. THE HAGUE. *Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts*. Hague: The Hague Conference on Private International Law, 2015.

BIT. *GLOSSARY of Internet Terms*. Disponível em: <<http://www.matisse.net/files/glossary.html#B>>. Acesso em: 16 maio 2016.

CAMPOS, Diogo Leite de. A Internet e o Princípio da Territorialidade dos Impostos. *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 58, v. III. Lisboa, 1998.

CERF, Vinton G.; KAHN, Robert E. A protocol for packet network interconnection. *IEEE Trans. Comm. Tech*, v. 22, n. 5, p. 627-641, May 1974. Disponível em: <<https://www.cs.princeton.edu/courses/archive/fall06/cos561/papers/cerf74.pdf>>. Acesso em: 16 maio 2016.

CHAIKIN, David. Network investigations of cyber-attacks: the limits of digital evidence. *Crime, Law and Social Change*. v. 46, p. 239-256, 2006.

CHRISTMAN, John. Autonomy, History and the Subject of Justice. *Social Theory and Practice*. v. 33, n. 1, 2007. p. 1-26.

DAVIES, D. W *et al.* *A digital communication network for computers: giving rapid response at remote terminals*. Proceedings of the first ACM symposium on Operating System Principles. 1967. Disponível em: <<http://dl.acm.org/citation.cfm?id=811669>>. Acesso em: 16 maio 2016.

E-Commerce. *HCCH Website*. Disponível em: <<https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/studies/e-commerce>>. Acesso em: 24 maio 2016.

ELECTRONIC contracting. *International Chamber of Commerce Website*. Disponível em: <<http://www.iccwbo.org/products-and-services/trade-facilitation/tools-for-e-business/>>. Acesso em: 24 maio 2016.

FERRARI, Franco; SILBERMAN, Linda. Getting to the merits in international arbitration and the consequences of getting it wrong. *Revista Brasileira de Arbitragem*, ano 6, vol. 23, p. 73-121, abr-maio-jun, 2010.

GABRIEL, Henry D. Uniform law of electronic commerce in private international law: where have we been and where are we going? *International Trade and Business Law Review*, v. 14, p. 386-403, 2011.

GAITÁN, Manuel Guerrero. Legislación Aplicable a los Contratos Internacionales de Transferencia de Tecnología. *Revista la Propiedad Inmaterial*, n. 14, 2010. p. 141-193.

GOOGLE IPv6. *Google Website*. Disponível em <<https://www.google.com/intl/en/ipv6/index.html>>. Acesso em 20 maio 2016.

HOME of the first website. Disponível em: <<http://info.cern.ch/>>. Acesso em: 24 abr. 2016.

HOW to hide your IP Adress. *IP Location Website*. Disponível em: <<https://www.iplocation.net/hide-ip-address>>. Acesso em: 20 maio 2016.

HOW To Translate Your Chats with QQ International. *QQ International Blog*, 12 jun. 2012. Disponível em: <<http://blog.imqq.com/how-to-use-the-chat-translator-function/>>. Acesso em: 28 maio 2016.

INTERNET Growth Statistics. *Internet World Stats Website*. Disponível em: <<http://www.internetworldstats.com/emarketing.htm>>. Acesso em: 24 abr. 2016.

IP Number. *GLOSSARY of Internet Terms*. Disponível em: <<http://www.matisse.net/files/glossary.html#I>>. Acesso em: 16 maio 2016.

JOHNSON, David R.; Post, DAVID. Law and Borders: The Rise of Law in Cyberspace. *Stanford Law Review*, v. 48, n. 5, p. 1367-1402, May, 1996.

JUENGER, Friedrich K. Marital Property and the Conflict of Laws: A Tale of Two Countries. *Columbia Law Review*, v. 81, n. 5, jun., 1981. p. 119-387.

KLEINROCK, Leonard. Information Flow in Large Communication Nets. *RLE Quarterly Progress Report*. Massachusetts Institute of Technology, April 1962. Disponível em: <<http://www.lk.cs.ucla.edu/data/files/Kleinrock/Information%20Flow%20in%20Large%20Communication%20Nets.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2016.

LABORATÓRIO de IPv6 [livro eletrônico]: aprenda na prática usando um emulador de redes / Equipe IPV6.br. – São Paulo: Novatec Editora, 2015. Disponível em <<http://www.cgi.br/media/docs/publicacoes/1/livro-lab-ipv6-nicbr.pdf>>. Acesso em 20 maio 2016.

LEINER, Barry M *et al.* Brief History of the Internet. *Internet Society Website*. Disponível em: <<http://www.internetsociety.org/internet/what-internet/history-internet/brief-history-internet#JCRL62>>. Acesso em: 22 abr. 2016.

LEHMANN, Mathias. Liberating the Individual from Battles between States: Justifying Party Autonomy in Conflict of Laws. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*. v. 41. 2008.

LEVAY, Emeric. A codificação do direito civil brasileiro pelo jurisconsulto Teixeira de Freitas. *Revista Justiça e História*, v. 2, n. 3. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/historia/memorial_do_poder_judiciario/memorial_judiciario_gaucha/revista_justica_e_historia/issn_1676-5834/v2n3/doc/08-EMERIC_LEVAY.PDF>. Acesso em: 1º jun. 2016.

LICKLIDER, J.C.R.; TAYLOR, Robert W. The Computer as a Communication Device. *Science and Technology*, p. 21-41, April 1968. Disponível em: <<http://www.utexas.edu/ogs/alumni/events/taylor/licklider-taylor.pdf>>. Acesso em: 16 maio 2016.

LIST of websites founded before 1995. *Wikipedia Website*. Disponível em: <https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_websites_founded_before_1995>. Acesso em: 25 abr. 2016.

LU, Song. Law of the People's Republic of China on the Laws Applicable to Foreign-Related Civil Relations (full text). *The Chinese Journal of Comparative Law*, v. 1, n. 1, 2013.

MAPPING the online world. *Nominet Website*. Disponível em: <<http://www.nominet.uk/mapping-the-online-world/>>. Acesso em: 23 maio 2016.

MARQUES, Ricarco Dalmaso. A lei aplicável à cláusula arbitral na Arbitragem Comercial Internacional. *Revista Brasileira de Arbitragem*, ano 12, vol. 47, p. 7-37, jul-ago-set, 2015.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. La conception du Droit International Privé d'après la doctrine et la pratique au Brésil. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*. T. 39, 1932.

MUIR WATT, Horatia. "Party Autonomy" in international contracts: from the makings of a myth to the requirements of global governance". *European Review of Contract Law*, v. 6, n. 3, 2010.

NETFLIX Website. Disponível em: <<https://www.netflix.com/br/>>. Acesso em: 26 maio 2016.

NEVES, Flávia Bittar; SOARES, Pedro Silveira Campos. Arbitragem e custos de transação dos contratos complexos. *Revista de Arbitragem – Grupo de Estudos em Arbitragem da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Número Especial. Arbitragem – Questões Polêmicas*. Lucila de Oliveira Carvalho (coord.) (jul/dez. 2012). Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2012. p. 19-31.

NOCCHI, Carolina Penna. A influência de Augusto Teixeira de Freitas na elaboração do Código Civil argentino. *Revista do CAAP*, Belo Horizonte, n. 37, Número Especial: I Jornada de Estudos Jurídicos da UFMG, p. 37-48, jul./dez. 2010.

NUMBER Resources. *Iana Website*. Disponível em: <<https://www.iana.org/numbers>>. Acesso em: 20 maio 2016.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Informal working group to draft final document(s) on consumer protection*. Report of the coordinator of the informal working group. May 11, 2010. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/CP-CAJP_2874-10_eng.pdf>. Acesso em: 24 maio 2016.

PARRA-ARANGUREN, Gonzalo. La primera etapa de los tratados sobre Derecho Internacional Privado en América (1826 - 1940). *Revista de la Facultad de Ciencias Políticas*, n. 98. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1996. p. 60-128.

PAUL Baran and the Origins of the Internet. *Rand Corporation Website*. Disponível em: <<http://www.rand.org/about/history/baran.html>>. Acesso em: 16 maio 2016.

PIPER, Mark. Autonomy: normative. *Internet Encyclopedia of Philosophy*. Disponível em <<http://www.iep.utm.edu/aut-norm/>>. Acesso em: 16 maio 2016.

PROXY. *GLOSSARY of Internet Terms*. Disponível em: <<http://www.matisse.net/files/glossary.html#P>>. Acesso em: 16 maio 2016.

QUEM somos. *OLX Website*. Disponível em: <<http://www.olx.com.br/about.htm>>. Acesso em: 19 maio 2016.

RAYMOND, Anjanette H. Electronic Commerce and the New UNCITRAL Convention. *International Law Practicum*, v. 19, p. 66-74, 2006.

ROBERTS, Lawrence G. *Multiple computer networks and intercomputer communication*. Proceedings of the first ACM symposium on Operating System Principles. 1967. Disponível em: <<http://dl.acm.org/citation.cfm?id=811680&dl=ACM&coll=DL&CFID=786155807&CFTOKEN=71528559>>. Acesso em: 16 maio 2016.

RODL, Florian. Private Law Beyond the Democratic Order - On the Legitimatory Problem of Private Law “Beyond the State”. *The American Journal of Comparative Law*. V. 56, 2008.

SEFFAR, Karim; BENYEKHFLEF, Karim. Commerce Électronique et Normativités Alternatives. *University of Ottawa Law & Technology Journal*, v. 3, n. 2, p. 353-384, 2006.

SERVER Mirroring. Disponível em: <<https://www.techopedia.com/definition/1156/server-mirroring>>. Acesso em: 23 maio 2016.

SILVA, Lucas Sávio Oliveira da. Por uma fundamentação humanista a autonomia da vontade em direito internacional privado. In. *Cuadernos ASADIP – Jóvenes Investigadores*. Primer semestre 2015, Argentina, ASADIP, 2015. p.167-181.

SMEDINGHOFF, Thomas. The Legal Challenges of Implementing Electronic Transactions. *Uniform Commercial Code Law Journal*, v. 41, t. 1, n. 3, p. 3-34, 2008. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1275108>. Acesso em: 16 maio 2016.

SPOTIFY Website. Disponível em: <<https://www.spotify.com/br/>>. Acesso em: 26 maio 2016.

STATUS. United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts (New York, 2005). *UNCITRAL Website*. Disponível em: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/electronic_commerce/2005Convention_status.html>. Acesso em 20 maio 2016)

STATUS. UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce (1996). *UNCITRAL Website*. Disponível em: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model_status.html>. Acesso em 20 maio 2016.

STATUS. United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna, 1980). *UNCITRAL Website*. Disponível em: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html>. Acesso em: 20 mar. 2016.

SVANTESSON, Dan Jerker B. The characteristics making Internet communication challenge traditional models of regulation - What every international jurist should know about the Internet. *International Journal of Law and Information Technology*, v. 13, Issue 1, p. 39-69, 2005. Disponível em: <http://epublications.bond.edu.au/era_hca/98/>. Acesso em: 16 maio 2016.

TIMELINE of Computer History. Computers. *Computer History Museum Website*. Disponível em: <<http://www.computerhistory.org/timeline/computers/>>. Acesso em: 21 abr. 2016.

TIMELINE of Computer History. Networking the Web. *Computer History Museum Website*. Disponível em: <<http://www.computerhistory.org/timeline/networking-the-web/>>. Acesso em: 21 abr. 2016.

THE COMPUTERS: The Remarkable Story of the ENIAC Programmers. Producers: Jon Palfreman; Kathy Kleiman; Kate McMahon. *Eniac Programmers Project*, 2013. Documentário. Disponível em: <<http://eniacprogrammers.org/>>. Acesso em: 21 abr. 2016.

THOMPSON, Marcelo. Neutralization of Harmony: the problem of technological neutrality, east and west. *Boston University Journal of Science & Technology Law*, t. 2, v. 18, 303-342, 2012.

TRAVAUX préparatoires. UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures (2001). *UNCITRAL Website*. Disponível em: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/electronic_commerce/2001Model_travaux.html>. Acesso em: 24 maio 2016.

UNCITRAL. About Uncitral. *UNCITRAL Website*. Disponível em: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/about_us.html>. Acesso em: 24 maio 2016.

UNCTAD. *Information Economy Report: unlocking the potential of e-commerce for developing countries*. Geneva: United Nations, 2015.

VIANA, Márcio Túlio. O que é a terceirização? In: *Blog da Boitempo*, publicado em 1/04/2015. Disponível em: <<http://blogdaboitempo.com.br/2015/04/01/o-que-e-a-terceirizacao/>>. Acesso em: 26 maio 2016.

WALD, Arnoldo. A obra de Teixeira de Freitas e o Direito Latino-Americano. *Revista de Informação Legislativa*, v. 41, n. 163, p. 249-260, jul./set. 2004.

WHAT is a Proxy Server and How it Works. *Go Hacking Website*. Disponível em: <<http://www.gohacking.com/what-is-proxy-server-and-how-it-works/>>. Acesso em: 20 maio 2016.

YOUTUBE Website. Disponível em: <<https://www.youtube.com/>>. Acesso em: 26 maio 2016.

ZHANG, Michael. Google's Translate App Can Now Use Your Camera to Translate the World in Real Time. *Petapixel Website*, 14 jan. 2015. Disponível em: <<http://petapixel.com/2015/01/14/googles-translate-app-can-now-use-camera-translate-world-real-time/>>. Acesso em: 24 maio 2016.

ZITTRAIN, Jonathan. Be careful what you ask for: reconciling a Global Internet and Local Law. *Harvard Law School Public Law*. Research Paper n. 60. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract_id=395300>. Acesso em: 23 mai. 2016.

Textos normativos

BRASIL. Constituição (1824). *Constituição Política do Imperio do Brazil, de 25 de março de 1824*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 16 maio 2016.

BRASIL. Decreto nº 737, de 25 de novembro de 1850. Determina a ordem do Juízo no Processo Commercial. *CLBR* de 1850. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DIM/DIM737.htm>. Acesso em 31

maio 2016.

BRASIL. Decreto nº 2.095, de 17 de dezembro de 1996. Promulga o Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual. *Diário Oficial da União*, 18 dez. 1996. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/mercosul/protocolos/buenos_aires.htm>. Acesso em: 6 jun. 2016.

BRASIL. Decreto nº 4.311, de 23 de julho de 2002. Promulga a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras. *Diário Oficial da União*, 24 jul. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4311.htm>. Acesso em: 6 jun. 2016.

BRASIL. Decreto nº 4.719, de 4 de junho de 2003. Promulga o Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul. *Diário Oficial da União*, 5 jun. 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/D4719.htm>. Acesso em: 3 jun. 2016.

BRASIL. Decreto nº 8.327, de 16 de outubro de 2014. Promulga a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias - Uncitral, firmada pela República Federativa do Brasil, em Viena, em 11 de abril de 1980. *Diário Oficial da União*, 17 out. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8327.htm>. Acesso em: 15 mar. 2016.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. *Diário Oficial da União*, 9 set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 16 maio 2016.

BRASIL. Lei de 16 de dezembro de 1830. Manda executar o Código Criminal. *Coleção de Leis do Brasil*, 1830. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 16 maio 2016.

BRASIL. Lei nº 556, de 25 de junho de 1850. Código Comercial. *CLB* de 1850 T.11, p. 57-238. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L0556-1850.htm>. Acesso em: 16 maio 2016.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. (Revogada) *Diário Oficial da União*, 5 jan. 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 16 maio 2016.

BRASIL. Lei nº 4.886, de 9 de dezembro de 1965. Regula as atividades dos representantes comerciais autônomos. *Diário Oficial da União*, 10 dez. 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4886.htm>. Acesso em: 16 maio 2016.

BRASIL. Lei nº 6.099, de 12 de dezembro de 1974. Dispõe sobre o tratamento tributário das operações de arrendamento mercantil e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 13 set. 1974. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6099.htm>. Acesso em: 16 maio 2016.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 16 maio 2016.

BRASIL. Lei nº 8.955, de 15 de dezembro de 1994. Dispõe sobre o contrato de franquia empresarial (franchising) e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 16 dez. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18955.htm>. Acesso em: 16 maio 2016.

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Lei de Arbitragem. *Diário Oficial da União*, 24 set. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 3 jun. 2016.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, 11 nov. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 16 maio 2016.

BRASIL. Lei nº 12.376, de 30 de dezembro de 2010. Altera a ementa do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. *Diário Oficial da União*, 31 dez. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12376.htm#art2>. Acesso em: 1º jun. 2016.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 3 jun. 2016.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 3.514/2015*. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para aperfeiçoar as disposições gerais do Capítulo I do Título I e dispor sobre o comércio eletrônico, e o art. 9º do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), para aperfeiçoar a disciplina dos contratos internacionais comerciais e de consumo e dispor sobre as obrigações extracontratuais. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2052488>>. Acesso em: 1º jun. 2016.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei nº 3.514/2015. *Tramitação em plenário*, 04 nov. 2015. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=C13BD39AEAFA3EB0DC209A364CC0B273.proposicoesWeb2?codteor=1408274&filename=Tramitacao-PL+3514/2015>. Acesso em: 1º jun. 2016.

CISG ADVISORY COUNCIL. *Opinion n. 16 – Exclusion of the CISG under Article 6*. Pretoria, África do Sul, 30 maio 2014. Disponível em: <<http://www.cisgac.com/default.php?ipkCat=128&ifkCat=237&sid=237>>. Acesso em: 5 jun. 2016.

COMUNIDADE EUROPEIA. Convenção sobre a lei aplicável às obrigações contratuais. *Convenção nº 80/934 CEE*. Convenção de Roma, de 19 de junho de 1980. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=URISERV%3A133109>>. Acesso em: 16 maio 2016.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Second Restatement of Conflicts of Law*. Disponível em <<http://www.kentlaw.edu/perritt/conflicts/rest187.html>>. Acesso em: 16 maio 2016.

EUROPEAN ORGANIZATION FOR NUCLEAR RESEARCH (CERN). Statement Concerning CERN W3 Software Release into Public Domain. Disponível em: <<http://cds.cern.ch/record/1164399>>. Acesso em: 24 abr. 2016.

INGLATERRA. The supreme Court of Nova Scotia en Banc. *Privy Council Appeal n° 82 of 1938*. Disponível em: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKPC/1939/1939_7.pdf>. Acesso em: 16 maio 2016.

INSTITUTO INTERNACIONAL PARA A UNIFICAÇÃO DO DIREITO PRIVADO INTERNACIONAL. *Estatuto Orgânico*, com a incorporação da emenda ao artigo 6, parágrafo 1, com entrada em vigor em 26 de março de 1993. Roma: Panisperna. Disponível em: <<http://www.unidroit.org/spanish/presentation/estatuto.pdf>>. Acesso em: 16 maio 2016.

INSTITUTO INTERNACIONAL PARA A UNIFICAÇÃO DO DIREITO PRIVADO INTERNACIONAL. *Princípios UNIDROIT Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais*. 2010. Trad. Lauro Gama Jr. Disponível em: <<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/translations/blackletter2010-portuguese.pdf>>. Acesso em: 16 maio 2016.

INSTITUTO Internacional para a Unificação do Direito Privado Internacional (UNIDROIT). Origem, organização e estatuto. *Gabinete de documentação e direito comparado Website*. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/cooperacao/materia-civil-comercial/unidroit.html>>. Acesso em: 16 maio. 2016.

INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW. UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. 2010. Disponível em: <<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>>. Acesso em: 16 maio 2016.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Interamericana sobre Conflitos de Leis em Matéria de Letras de Câmbio, Notas Promissórias e Faturas. Adotada na CIDIP-I em 30 de janeiro de 1975, ratificada por Argentina, Chile, Costa Rica, Equador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Uruguai e Venezuela. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/CIDIPI_doc_letrascambiopagarefacturas.htm>. Acesso em: 21 fev. 2016.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Interamericana sobre Conflito de Leis em Matéria de Adoção de Menores. Adotada na CIDIP-III em 24 de maio de 1985, ratificada por Belize, Brasil, Chile, Colômbia, Honduras, México, Panamá, República Dominicana e Uruguai. Disponível em: <<http://www.oas.org/dil/esp/CIDIP-III-adopcionmenores.htm>>. Acesso em: 21 fev. 2016.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Interamericana sobre Conflitos de Leis em Matéria de Cheques. Adotada na CIDIP-II em 8 de maio de 1979, ratificada por Brasil, Chile, Equador, Guatemala, Paraguai, Peru, Uruguai e Venezuela. Disponível em: <<http://www.oas.org/dil/esp/CIDIP-II-conflictocheques.htm>>. Acesso em: 21 fev. 2016.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Interamericana sobre Conflito de Leis em Matéria de Sociedades Mercantis. Adotada na CIDIP-II em 8 de maio de 1979, ratificada por Argentina, Brasil, Guatemala, México, Paraguai, Peru, Uruguai e Venezuela. Disponível em: <<http://www.oas.org/dil/esp/CIDIP-II-sociedadescomerciales.htm>>. Acesso em: 21 fev. 2016.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Interamericana sobre Normas Gerais de Direito Internacional Privado*. Adotada na CIDIP-II em 8 de maio de 1979, ratificada por Argentina, Brasil, Colômbia, Equador, Guatemala, México, Paraguai, Peru, Uruguai e Venezuela. Disponível em: <<http://www.oas.org/dil/esp/CIDIP-II-normasgenerales.htm>>. Acesso em: 21 fev. 2016.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais*. México, 17 mar. 1994. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/b-56.htm>>. Acesso em: 16 maio 2016.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Informações gerais sobre o tratado A-31. Departamento de Direito Internacional. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-31.html>>. Acesso em: 21 fev. 2016.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Resolución CIDIP-VI/RES. 6/02*. Reglas en materia de documentos y firmas electrónicos. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/esp/CIDIPVI-Res6-02_esp.htm>. Acesso em: 24 maio 2016.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Electronic Commerce: Opportunities and Challenges for Government*. OCDE, 1997.

PANAMÁ. Lei nº 7, de 8 de maio de 2014. *Gaceta Oficial de Panamá*, n. 27.530. Disponível em: <http://www.gacetaoficial.gob.pa/pdfTemp/27530/GacetaNo_27530_20140508.pdf>. Acesso em: 8 maio 2016.

SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei do Senado nº 281*, de 2012. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para aperfeiçoar as disposições gerais do Capítulo I do Título I e dispor sobre o comércio eletrônico. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106768>>. Acesso em: 1º jun. 2016.

SENADO FEDERAL. Projeto de Lei do Senado nº 281, de 2012. *Parecer do senador Ricardo Ferraço*. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=138505&tp=1>>. Acesso em: 1º jun. 2016.

SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei do Senado nº 487, de 2013*. Reforma o Código Comercial. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115437>>. Acesso em: 16 maio 2016.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Pleno do STJ define que o novo CPC entra em vigor no dia 18 de março. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/Not%C3%AD

cias/Not%C3%ADcias/Pleno-do-STJ-define-que-o-novo-CPC-entra-em-vigor-no-dia-18-de-mar%C3%A7o>. Acesso em: 6 jun. 2016.

TRATADOS de Montevideo de 1889. Disponível em:

<<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/45000-49999/49053/norma.htm>>. Acesso em: 16 maio 2016.

TRATADOS de Montevideo de 1940. Disponível em:

<<http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/200000-204999/200295/norma.htm>>. Acesso em: 16 maio 2016.

UNCITRAL. *Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. New York: United Nations, 2012. Disponível em: <<https://www.uncitral.org/pdf/english/clout/CISG-digest-2012-e.pdf>>. Acesso em: 7 jun. 2016.

UNCITRAL. *Model Law on Electronic Commerce with guide to enactment*, 1996, with additional article 5 bis as adopted in 1998. New York: United Nations, 1999. Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/05-89450_Ebook.pdf>. Acesso em: 23 maio 2016.

UNCITRAL. *Model Law on Electronic Signatures with Guide to Enactment 2001*. New York: United Nations, 2002. Disponível em: <<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/ml-elecsig-e.pdf>>. Acesso em: 23 maio 2016.

UNCITRAL. *Promoting confidence in electronic commerce: legal issues on international use of electronic authentication and signature methods*. Vienna: United Nations, 2009. Disponível em <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/08-55698_Ebook.pdf>. Acesso em: 24 maio 2016.

UNCITRAL. *Recommendation on the Legal Value of Computer Records*. Disponível em: <<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/computerrecords-e.pdf>>. Acesso em: 24 maio 2016.

UNCITRAL. Texts adopted by the United Nations Conference on Contracts for the International Sales of Goods - Final Act. Vienna, 10 March – 11 April 1980. *A/CONF.97/18*. Disponível em: <<http://www.uncitral.org/pdf/english/yearbooks/yb-1980-e/vol11-p149-150-e.pdf>>. Acesso em 4 jun. 2016.

UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce (1996). Status. *UNCITRAL Website*. Disponível em: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model_status.html>. Acesso em: 23 maio 2016.

UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce (1996) with additional article 5 bis as adopted in 1998. *UNCITRAL Website*. Disponível em: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model.html>. Acesso em: 23 maio 2016.

UNIÃO EUROPEIA. Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce'). *Official Journal L* 178, 17/07/2000, p. 1-16. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0031:En:HTML>>. Acesso em: 24 maio 2016.

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) nº 864/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, de 11 de julho de 2007, relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais. Roma II. *Jornal Oficial da União Europeia*, 31 jul. 2007, n. 199, p. 40-49. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32007R0864&qid=1463605602874&from=EN>>. Acesso em: 16 maio 2016.

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) nº 1.259/2010, do Conselho da União Europeia. Cria uma cooperação reforçada no domínio da lei aplicável em matéria de divórcio e separação judicial. *Jornal Oficial da União Europeia*, 29 dez. 2010, n. 343, p. 10-16. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:343:0010:0016:pt:PDF>>. Acesso em: 16 maio 2016.

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) nº 650/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, de 4 de julho de 2012, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões, e à aceitação e execução dos atos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um certificado sucessório europeu. *Jornal Oficial da União Europeia*, 27 jul. 2012, n. 201, p. 107-134. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:201:0107:0134:PT:PDF>>. Acesso em: 16 maio 2016.

UNITES NATIONS. *General Assembly resolution 2205 (XXI) of 17 December 1966. Establishing - United Nations Commission on International Trade Law - United Nations Commission on International Trade Law*. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/005/08/IMG/NR000508.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 26 maio 2016.

UNITED NATIONS. Legal aspects of electronic commerce. Electronic contracting: provisions for a draft convention. Note by the Secretariat. New York, 11-15 March 2002. *A/CN.9/WG.IV/WP.95*. 20 September 2001. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V01/872/66/PDF/V0187266.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 26 maio 2016.

UNITED NATIONS. Report of the working group on international payments on the work of its twenty-fourth session. Vienna, 27 January – 7 February 1992. *A/CN.9/360*. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V92/511/94/IMG/V9251194.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 26 maio 2016.

UNITED NATIONS. Report of the Working Group on Electronic Commerce on its thirty-eight session. New York, 12-23 March 2001. *A/CN.9/484*. 24 April 2001. Disponível em: <[https://documents-dds-](https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V01/872/66/PDF/V0187266.pdf?OpenElement)

ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V01/829/54/PDF/V0182954.pdf?OpenElement>. Acesso em: 26 maio 2016.

UNITED NATIONS. Report of the Working Group on Electronic Commerce on its thirty-ninth session. New York, 11-15 March 2002. *A/CN.9/509*. 21 March 2002. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V02/527/26/PDF/V0252726.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 26 maio 2016.

UNITED NATIONS. Report of the Working Group IV (Electronic Commerce) on the work of its forty-first session. Vienna, 30 June-11 July 2003. *A/CN.9/528*. 19 May 2003. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V03/843/60/PDF/V0384360.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 26 maio 2016.

UNITED NATIONS. Report of the Fifth UN/CEFACT Session. *TRADE/CEFAT/1999/19*. Disponível em: <https://www.unece.org/fileadmin/DAM/cefact/cf_plenary/plenary00/docs/list_doc_00.htm>. Acesso em: 26 maio 2016.

UNITED NATIONS. *Resolution adopted by the General Assembly on the report of the Sixty Committee (A/51/628)*. 51/162. Model Law on Electronic Commerce adopted by The United Nations Commission on International Trade Law. 30 January 1997. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/51/ares51-162.htm>>. Acesso em: 26 maio 2016.

UNITED NATIONS. *United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts*. New York: United Nations, 2007. Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/06-57452_Ebook.pdf>. Acesso em: 24 maio 2016.

UNITED NATIONS. Working paper submitted to the Working Group on Electronic Data Interchange (EDI) at its twenty-fifth session: electronic data interchange: outline of possible uniform rules on the legal aspects of electronic data interchange (EDI): note by the Secretariat. *A/CN.9/WG.IV/WP.55*. Disponível em: <<http://www.uncitral.org/pdf/english/yearbooks/yb-1993-e/vol24-p208-226-e.pdf>>. Acesso em: 26 maio 2016.

WTO. *The Geneva Ministerial Declaration on global electronic commerce*. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/ecom_e/mindec1_e.htm>. Acesso em: 24 maio 2016.

Vídeos

A DAY Made of Glass... Made possible by Corning. *Corning Incorporated*, 2011. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=v4cKDzTyOek>>. Acesso em: 1º maio 2016.