

XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

DIREITO INTERNACIONAL

FLORISBAL DE SOUZA DEL OLMO

SIDNEY CESAR SILVA GUERRA

FEDERICO LOSURDO

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito internacional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Florisbal de Souza Del Olmo; Sidney Cesar Silva Guerra; Federico Losurdo .– Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-523-

2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Sociedade. 3. Gestão. 4. Administração.
XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (26 : 2017 : São Luís/MA, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidade Federal do Maranhão -
UFMA
São Luís – Maranhão - Brasil
[www.portais.ufma.br/PortalUfma/
index.jsf](http://www.portais.ufma.br/PortalUfma/index.jsf)

XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

DIREITO INTERNACIONAL

Apresentação

O Grupo de Trabalho Direito Internacional, que tivemos a honra de coordenar, evidenciou mais uma vez a importância que essa ampla temática tem merecido no Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, caracterizada pela presença de autores de todos os vinte e cinco artigos aprovados para o mesmo.

A expressividade dessa participação e o nível elevado das pesquisas que tais comunicações revelaram, caracteriza o papel exercido pelo CONPEDI na disseminação e valorização da pesquisa jurídica no Brasil. No caso do Direito Internacional, essas investigações expressam as transformações e interações ocorridas nas últimas décadas, fruto da globalização e do intenso avanço da tecnologia no Direito Internacional como um todo e nas Relações Internacionais.

Para melhor compreensão do leitor, entendemos válido classificar os trabalhos apresentados em quatro segmentos: Direitos Humanos e Processos Migratórios; Direito Internacional Privado; Direito Internacional Público e Direito Penal Internacional; e Direito da Integração e Meio Ambiente.

Assim, oito trabalhos têm mais aderência ao primeiro segmento, entre eles: A autodeterminação e o direito dos povos indígenas à consulta prévia no ordenamento brasileiro e no internacional: análise do caso da Hidrelétrica Belo Monte, de Thayana Bosi Oliveira Ribeiro e Federico Losurdo; A cooperação jurídica internacional como mecanismo de combate e prevenção ao tráfico internacional de pessoas: a situação brasileira, de Gabriela Galiza e Silva e Saulo de Medeiros Torres; A declaração política e o Plano de Ação Internacional sobre o Envelhecimento da Organização das Nações Unidas, de Madson Anderson Corrêa Matos do Amaral e Everton Silva Santos; e A Lei 13.445, de 24 de maio de 2017: uma abordagem à luz do princípio da dignidade da pessoa humana e da não indiferença, de Sidney Cesar Silva Guerra.

Completam esse primeiro grupo os artigos: As contribuições da Constituição da República Mexicana de 1917 para o direito brasileiro, de Marcela Silva Almendros e Márcio Gavalhão; Considerações sobre a análise do processo migratório a partir da complexidade em Edgar Morin, de Florisbal de Souza Del Olmo e Diego Guilherme Rotta; Do hibridismo e da diversidade cultural decorrente da intensificação do afluxo de refugiados: problema ou

riqueza social? de Valéria Silva Galdino Cardin e Flávia Francielle da Silva; e Pactos internacionais da ONU de 1966 e a necessidade de implantação de um controle de efetivação dos direitos: os mecanismos convencionais de monitoramento no âmbito internacional para proteção dos direitos, de Ana Carla Rodrigues da Silva e Leticia Mirelli Faleiro Silva Bueno.

Com pertinência ao Direito Internacional Privado foram apresentados os seguintes trabalhos: A autonomia da vontade como elemento de conexão conciliador entre a nacionalidade e a residência habitual: análise do Regulamento nº 650/2012 da União Europeia, de Mariana Sebalhos Jorge; A autonomia da vontade no contrato de transporte marítimo internacional de carga: possibilidades de escolha de lei e foro na jurisdição estatal e arbitral, de Francisco Campos da Costa e Leon Hassan Costa dos Santos; A ordem pública internacional como requisito para a homologação de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil, de João Bruno Farias Madeira; e Arbitragem internacional: precedente do STJ na recusa em homologar sentença estrangeira, de Maria José Carvalho de Sousa Milhomem.

No terceiro segmento temos quatro trabalhos de Direito Internacional Público, quais sejam: A proibição do uso da força como norma de jus cogens: a relevância do caso Nicarágua versus EUA perante a CIJ, de Bianca Gelain Conte e Tatiana de Almeida Freitas Rodrigues Cardoso Squeff; O Controle de Convencionalidade das leis e sua correlação com o controle de constitucionalidade brasileiro, de Dalvaney Aparecida de Araújo e Julieth Laís do Carmo Matosinhos Resende; Os desafios do Direito Internacional na era dos ciberconflitos, de André Filipe Loureiro e Silva e Anne Caroline Silveira; e Os desdobramentos do conflito em Timor-Leste sob o prisma da repercussão internacional e seus mecanismos de intervenção, de Michelle Aparecida Batista e Renata Mantovani de Lima.

Esse segmento contém ainda três artigos que podem ser integrados no Direito Penal Internacional: A atuação do Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI) contra o crime de lavagem de dinheiro, de Almiro Aldino de Sáteles Junior; A centralização do problema global da corrupção no debate das Relações Internacionais e o caso brasileiro, de Vanessa T. Bortolon; e Direito Penal Internacional: uma análise da responsabilidade penal da pessoa jurídica sob a perspectiva do "Criminal Compliance", de Claudio Macedo de Souza.

Completam a riqueza dos artigos apresentados neste Grupo de Trabalho de Direito Internacional, quatro trabalhos de Direito da Integração: A saída do Reino Unido da União Europeia e a teoria da integração regional, de Rodrigo Otávio Bastos Silva Raposo; Direito de Integração do trabalho no MERCOSUL, de Vitor Salino de Moura Eça e Saulo Cerqueira de Aguiar Soares; Liberdade de circulação de capitais no mercado interno da União Europeia: fundamentos e evolução da disciplina através da doutrina e da jurisprudência, de

Nicole Rinaldi de Barcellos e Kenny Sontag; e O valor democrático nos países da UNASUL ante a suspensão da Venezuela do MERCOSUL, de William Paiva Marques Júnior. E dois de Direito Penal Internacional: A Convenção de AARHUS e seus efeitos para o Direito Internacional do Meio Ambiente: uma análise do pilar da participação pública, de Renata Pereira Nocera; e A proteção internacional do meio ambiente: origens, contemporaneidade e novas perspectivas de efetividade, de Joice Duarte Gonçalves Bergamaschi e Tania Lobo Muniz.

Consideramos oportuno afirmar que a variada e rica gama de textos apresentados neste Grupo de Trabalho sintetiza, com a devida profundidade, a essência dos debates acontecidos neste XXVI Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Luís do Maranhão.

Prof. Dr. Florisbal de Souza Del Olmo – URI

Prof. Dr. Sidney Cesar Silva Guerra – UFRJ

Prof. Dr. Federico Losurdo – UFMA

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**A AUTONOMIA DA VONTADE NO CONTRATO DE TRANSPORTE MARÍTIMO
INTERNACIONAL DE CARGA: POSSIBILIDADES DE ESCOLHA DE LEI E
FORO NA JURISDIÇÃO ESTATAL E ARBITRAL**

**THE AUTONOMY OF THE WILL IN THE CONTRACT OF CARRIAGE OF
GOODS: POSSIBILITIES OF CHOICE OF LAW AND FORUM IN STATE AND
ARBITRAL JURISDICTION**

Francisco Campos da Costa ¹
Leon Hassan Costa dos Santos ²

Resumo

A autonomia da vontade das partes refletida nas cláusulas contratuais dos contratos de transporte internacionais de carga é uma das maiores celeumas no direito brasileiro, pois usualmente este contrato é visto na prática como adesivo. Entretanto, nos casos em que ocorre plena negociação do mesmo, ainda há mitigação da autonomia da vontade das partes em decorrência do paternalismo jurídico presente no direito Brasileiro. Quando as partes visam convencionar a Lei e o Foro, seja estatal ou arbitral surgem questões práticas e teóricas espinhosas limitadas processual e constitucionalmente, que podem (in)efetivar o princípio da autonomia das partes.

Palavras-chave: Autonomia da vontade, Escolha de lei e foro, Jurisdição estatal, Jurisdição arbitral

Abstract/Resumen/Résumé

The autonomy of the will of the parties reflected in the contractual clauses of the international cargo transport contracts is one of the most serious problems in Brazilian law since this agreement is usually seen as an adhesive. However, in cases where full negotiation occurs, there is still mitigation of the autonomy of the parties' will as a result of the legal paternalism present in Brazilian law. When parties agree to the Law and the Forum Clauses, whether state or arbitral, there are issues that are procedurally and constitutionally limited, which can ineffective the principle above mentioned.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Free will, Choice of law and forum, State jurisdiction, Arbitral jurisdiction

¹ Advogado, Mestre em Direito Internacional e Pós graduado em Direito Marítimo e Portuário

² Advogado, Pós Graduado em Gestão do Transporte Marítimo e Portos

INTRODUÇÃO

A autonomia da vontade das partes é uma temática bastante discutida e mitigada no direito brasileiro, entretanto, é fundamental em termos de negociação contratual. A postura paternalista do Estado brasileiro influencia direta e indiretamente na aplicação prática deste princípio, limitando o mesmo com o intuito de garantir o equilíbrio contratual.

Quando o princípio da autonomia é posto em prática nos contratos internacionais, em especial no contrato de transporte marítimo, suas limitações ficam ainda mais evidentes, seja pelo fato da quase impossibilidade fática do litígio ser afastado da jurisdição brasileira, seja pela dificuldade da aplicação da lei estrangeira em sede de juízo doméstico.

Um dos contratos internacionais de maior valor econômico e social é o de transporte marítimo internacional de cargas. Este contrato juntamente com a compra e venda internacional de mercadorias são principais responsáveis pela intensificação exponencial do comércio internacional.

Destaca-se que 90% do transporte internacional de mercadorias é feito pelo modal marítimo. No Brasil, 95% das exportações são realizadas pelo mar, através de navios e embarcações, revelando a importância de se analisar o contrato e suas possibilidades.

O contrato de transporte internacional de cargas é instrumentalizado pelo conhecimento de embarque, também conhecido como *Bill of Lading*, que representa o próprio contrato de transporte e em caso de litígio é o principal documento em termos probatórios dos termos contratuais do transporte previamente acordado.

É válido mencionar que apesar da atual doutrina moderna ter o entendimento quase pacífico sobre a natureza adesiva do conhecimento de

embarque marítimo de cargas, *Bill of Lading*, o presente artigo se foca principalmente na negociação previa ao mesmo, ou seja, o cerne deste artigo é a expressão da vontade das partes quanto ao contrato de transporte e a partir dele serão inclusas as decisões serão transferidas para o conhecimento de embarque e neste caso, demonstrada a negociação pelas partes sobre o que fora posteriormente adicionado ao conhecimento, não há que se falar em adesividade do mesmo.

O conhecimento de embarque marítimo tem duas cláusulas que são o foco deste trabalho, sendo a primeira a cláusula de escolha de Lei e Foro e a segunda a cláusula arbitral. São nestas cláusulas que os *players* (nomenclatura que define as partes do contrato de transporte marítimo internacional de cargas) efetivamente exercitam a autonomia da vontade, ao escolher de maneira mais ou menos mitigada a primeira cláusula aplicável em caso de litígio contratual, seja em sede de juízo pátrio, seja em sede de juízo arbitral (nacional ou internacional).

Destarte, o presente artigo visa questionar: Como é limitado o exercício da autonomia da vontade das partes nos contratos internacionais de transporte marítimo quanto a escolha de lei e foro na jurisdição estatal e arbitral? Ademais, espera-se que este trabalho possa ser utilizado de maneira prática, além de científica, para os operadores do direito, bem como para os demais agentes que trabalham com este contrato tão importante.

A metodologia utilizada foi bibliográfica, de meios impressos e digitais, bem como doutrina nacional para pautar o caráter científico da presente pesquisa. O raciocínio lógico da presente pesquisa jurídica se fundamenta no método de abordagem dedutivo e visa criticar o atual dogma, seja para sua melhor compreensão, seja para superá-lo.

1. O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE DA PARTE E SUA APLICABILIDADE NO DIREITO MARÍTIMO BRASILEIRO

No Direito Civil brasileiro, a observância do princípio da autonomia da vontade é, em regra, essencial para a celebração de contratos e consequente formação de relações jurídicas. Nesse sentido, a vontade é pressuposto básico do negócio jurídico, sendo ainda imprescindível a sua exteriorização (GONÇALVES, 2011, p. 350).

A vontade após ser manifestada, obriga as partes contratantes, em clara observância ao princípio da obrigatoriedade dos contratos (*pacta sunt servanda*), de modo a permitir a intervenção do Poder Judiciário quando do seu descumprimento (GONÇALVES, 2011, p. 350). É válido ressaltar que esta intervenção não se dá de forma irrestrita, sendo vedado ao órgão jurisdicional supracitado realizar modificações nos termos contratuais, mas devendo agir de forma dirigente, visando manter o equilíbrio contratual (JUNIOR; SILVA, 2004, p. 185).

Os contratos, além de terem força obrigatória, deverem observar a sua função social e o princípio da boa-fé, nascem através da exteriorização da vontade livre (PEREIRA, 2012, p. 19).

Segundo ele, existem quatro momentos fundamentais da existência dos ajustes de um contrato: o primeiro, no qual vigora a faculdade de contratar ou não, cabendo a cada parte o arbítrio de decidir se e quando se estabelecerá com a outra parte o negócio jurídico; o segundo, relativo à escolha da pessoa com quem celebrar o contrato, assim como o tipo de negócio a ser celebrado; o terceiro, concernente à escolha do conteúdo do contrato, de modo que suas cláusulas serão estabelecidas conforme a vontade e conveniência de ambas as partes; por fim, o quarto, momento da conclusão do contrato, a partir do qual passa a consubstanciar-se em fonte formal do direito, garantindo o direito das partes de recorrer ao Estado em caso de seu descumprimento (PEREIRA, 2012, p. 19-20).

Merece destaque, por outro lado, a limitação da qual padece esse princípio em decorrência do princípio da supremacia da ordem pública, tendo em

vista o fato de que é bastante comum a intervenção estatal na celebração de contratos, atuando em nome da ordem pública e do interesse social, visando à prevenção da opressão exercida pelos entes economicamente mais fortes em detrimento dos mais fracos (GONÇALVES, 2011, p. 350).

Relativamente à autonomia da vontade no Direito Internacional e, por consequência, no Direito Marítimo, este instituto refere à possibilidade de que as próprias partes escolham qual será o Direito nacional aplicável à relação jurídica privada estabelecida, mas com conexão internacional (PORTELA, 2010, p. 516). Neste sentido, o elemento de conexão é justamente a vontade manifestada pelas partes, que poderão escolher a aplicação de normas de um ordenamento jurídico estrangeiro à relação entre elas estabelecida, inclusive em detrimento de normas presentes no ordenamento jurídico do Estado em que se encontram (RECHSTEINER, 2006, p. 151).

No âmbito do Direito Internacional, a autonomia da vontade assumiu um sentido que jamais perderá: o de conferir às partes o poder de regulamentação das suas próprias relações, dos seus próprios interesses, sendo obviamente observadas todas as limitações impostas por cada ordenamento jurídico nacional (STRENGER, 1996, p. 89).

A existência das referidas limitações faz com que alguns doutrinadores critiquem o termo “autonomia da vontade”. A autonomia da vontade na celebração dos contratos pode ser comparada à liberdade de um pássaro na gaiola, ou seja, lhe é permitido mover-se dentro de certos limites, mas, qualquer que seja a direção tomada, haverá uma barreira intransponível. Ademais, entende-se que inexistente autonomia da vontade, existindo em de fato a liberdade concedida e limitada pelo Direito (ENGELBERG, 1997, p. 22).

Por essa razão, a autora supramencionada, entende que no Direito Internacional Privado, a vontade das partes poderá ser observada quanto à escolha do local de celebração do contrato, mas não quanto às normas a ele aplicáveis, tendo em vista que qualquer declaração feita pelas partes não pode, jamais, se

sobrepôr às disposições de Direito Internacional quanto à matéria em questão (ENGELBERG, 1997, p. 23).

Segundo Portela (2010, 516) nada assegura que as partes, ao escolherem o direito nacional aplicável à relação entre elas firmada, não causarão prejuízos a si mesmas ou à ordem jurídica vigente. Por esta razão, as partes somente poderão escolher o direito aplicável ao contrato celebrado se a ordem jurídica interna assim permitir, dentro das condições previamente estabelecidas para tanto.

No Brasil, a autonomia das partes ainda não é reconhecida pelos diplomas legais como elemento de conexão juridicamente válido. Vigora, portanto, a disposição do art. 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que determina que “para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem” (PORTELA, 2010, p. 517).

Por outro lado, na prática, o que ocorre é que a autonomia da vontade é evidente na celebração de contratos internacionais dentre os quais figuram como partes empresas brasileiras. A própria Lei n.º 9.307/96, a Lei de Arbitragem, prevê que as partes têm plena liberdade para a escolha das normas aplicáveis ao procedimento arbitral (PORTELA, 2010, p. 517).

Desse modo, devemos ter em mente que a autonomia da vontade é, sim, aplicável à celebração de contratos no Direito brasileiro. No entanto, a ordem pública é o mais importante obstáculo à extraterritorialidade e à eficácia da aplicação das normas estrangeiras ao ordenamento jurídico interno (ENGELBERG, 1997, p. 75). “Um limite claro à autonomia da vontade no Brasil consiste na proibição da aplicação de um Direito estrangeiro que viole a ordem pública ou os compromissos internacionais do Estado” (PORTELA, 2010, p. 517).

Isso se torna ainda mais perceptível ao analisarmos o pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que os contratos internacionais que sejam executados no Brasil estão sujeitos à competência da

autoridade judiciária brasileira, mesmo que as partes livremente convençionem de maneira diversa (LILLA, 2008, p. 01).

Dessa forma, conclui-se que a autonomia da vontade é perfeitamente aplicável ao Direito brasileiro, devendo ser, no entanto, respeitadas as limitações impostas pela regulamentação estatal quanto à matéria, em prol da segurança jurídica e de princípios basilares do ordenamento jurídico pátrio, como, por exemplo, a supremacia do interesse público.

2. A ESCOLHA DE LEI E FORO NO CONHECIMENTO DE EMBARQUE MARÍTIMO

A intensificação exponencial do comércio internacional marítimo de mercadorias tem se evidenciado de maneira mais significativa na era contemporânea, especialmente em decorrência dos avanços tecnológicos que acompanham o fenômeno da globalização. Esse processo de globalização célere tem consolidado processos de integração e eliminação de barreiras comerciais, o que gerou um aumento expressivo de transações internacionais, elevando o nível quantitativo e também qualitativo do transporte internacional de cargas por meio marítimo, além das relações contratuais no comércio exterior (COSTA, 2014, p. 10).

Sendo assim, crescente é a importância do *Bill of Lading*, também conhecido como conhecimento de embarque, tendo em vista consubstanciar-se no instrumento que formaliza e evidencia a celebração do contrato de transporte marítimo, sendo indispensável, inclusive, para o seu desembaraço aduaneiro (COSTA, 2014, p. 10).

Para o presente estudo, o conhecimento de embarque é tão importante por apresentar, na forma de cláusulas, a escolha de lei aplicável e foro competente

para eventual execução do contrato. A questão que surge quanto ao conhecimento refere-se à liberdade negocial das partes, devida a sua forma de contrato adesivo. Destarte, questiona-se se o princípio da autonomia da vontade é, efetivamente, observado nesses casos (COSTA, 2014, p. 10).

No tocante ao conhecimento de embarque, é inconcebível falar deste instituto sem que seja mencionada a cláusula *Paramount*. Trata-se da principal cláusula de um contrato, sendo conhecida também por cláusula suprema ou preponderante, determinando, pois, a legislação incidente sobre aquele contrato (OCTAVIANO MARTINS, 2015, p. 524).

Além da cláusula *Paramount*, encontram-se inclusas no conhecimento de embarque a cláusula de eleição de foro e a cláusula de eleição de direito estatal. É possível que sejam selecionados vários regimes jurídicos para regular determinados fragmentos do contrato (OCTAVIANO MARTINS, 2015, p. 525).

Na resolução de litígios relacionados a contratos internacionais, a efetividade da cláusula de eleição de direito e a possibilidade de aplicação da cláusula de fracionamento têm eficácia submetida à legislação do Estado onde a causa será julgada (OCTAVIANO MARTINS, 2015, p. 525). Observamos, a partir desta disposição, que a autonomia da vontade das partes poderá, sim, ser observada. No entanto, estará sujeita às limitações impostas por cada ordenamento jurídico, sendo vedada a sua aplicação de forma absoluta.

Da mesma forma que ocorre com a cláusula de fracionamento do direito a ser aplicado, à cláusula de eleição de foro é permitido selecionar vários regimes jurídicos e competências jurisdicionais aplicáveis a eventual demanda emergente, resultando no chamado *forum shopping* (OCTAVIANO MARTINS, 2015, p. 525).

No ordenamento jurídico brasileiro, o conhecimento de embarque está previsto nos artigos 575 a 589 do Código Comercial e nos Decretos n.º 14.473/30 e 20.454/31. De igual sorte, o Supremo Tribunal Federal, em sua súmula n.º 335,

expressamente autoriza a possibilidade de inclusão da cláusula de eleição de foro nos conhecimentos de embarque (OCTAVIANO MARTINS, 201x, p. 02).

Em contrapartida, o art. 12 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro determina que é competente a autoridade judiciária brasileira quando o réu for domiciliado no Brasil ou aqui tiver de ser cumprida a obrigação decorrente do contrato. Por outro lado, tem sido consolidado o entendimento de que a cláusula de eleição de foro é cabível quando existir inteira liberdade de contratar. No que se refere aos contratos de transporte cuja evidência e prova decorra do conhecimento de embarque, tem sido preferencialmente adotado o posicionamento de inadmissão da cláusula de eleição de foro (OCTAVIANO MARTINS, 201x, p. 02-03).

Por sua vez, conforme supracitado, a disposição do Direito brasileiro para a legislação aplicável ao contrato é a de que será o direito do local de sua assinatura, assim determinado pelo art. 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Assim, a regra geral do Direito Internacional Privado brasileiro, no tocante à legislação aplicável, consagra o princípio *lex loci contractus* (OCTAVIANO MARTINS, 201x, p. 03).

Assim, caso um litígio decorrente de um contrato venha a ser julgado no Brasil e naquele estiver prevista a cláusula de eleição de foro de um ordenamento jurídico estrangeiro, a norma aplicável será a do país onde tenha sido assinado o contrato. Dessa forma, o sistema de restrição da autonomia da vontade e a possível incidência do Código de Defesa do Consumidor nos contratos de transporte internacional de carga (preponderantemente pela via marítima) são vistos com certa perplexidade pela comunidade jurídica internacional, sendo apontados como possíveis razões de obstrução do investimento estrangeiro no Brasil (OCTAVIANO MARTINS, 2015, p. 03).

No tocante à aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor nos contratos internacionais de transporte de mercadorias, o entendimento não é pacífico. Para os que entendem pela sua aplicabilidade, é inicialmente feita uma

diferenciação entre os contratos de transporte e os contratos de afretamento (COSTA, OCTAVIANO MARTINS, 2015, p. 04).

Assim, três teorias divergem a respeito dos conceitos de consumidor e destinatário final. São elas a teoria maximalista, a teoria finalista e a teoria finalista mitigada. Os julgamentos proferidos pelas cortes país afora não apontam com precisão alguma predominância de uma teoria em detrimento das outras. Isso se deve ao fato de o Brasil ser um “país transportado”, razão pela qual “evidenciam-se os interesses da carga avariada no contexto de contrato de transporte internacional de mercadorias sob o regime de conhecimento de embarque” (COSTA, OCTAVIANO MARTINS, 2015, p. 07).

Para os defensores da corrente finalista, a aquisição ou uso de bem ou serviço para exercício de atividade econômica, civil ou empresária descaracteriza requisito essencial à formação da relação de consumo, que é o fato do consumidor ser o destinatário final a gozar do bem (MARTINS, 2008, p. 336).

Portanto, para caracterização como consumidor, este deve ser o destinatário final econômico, rompendo a cadeia econômica com vistas ao atendimento de necessidade privada, pessoal. Desta forma, fica claro que o bem adquirido não pode ser reutilizado ou reinserido no processo produtivo, ainda que de forma indireta. Dito isso, é importante destacar que, em acordo com a teoria supracitada, o transporte é parte da cadeia produtiva. (MARTINS, 2008, p. 337).

A teoria maximalista dá um suporte mais amplo e visa abranger a maior parte das relações contratuais possíveis, incluindo de forma irrestrita a condição de consumidor, toda pessoa física ou jurídica como merecedora da proteção, independente se profissional ou não. Além disso, a questão da vulnerabilidade aqui não é um ponto tão significativo (MARTINS, 2008, p. 338).

A corrente finalista mitigada, por sua vez, determina que a identificação do consumidor se dê a partir do critério fático e do critério econômico. Ela se funda

na conceituação de consumidor por equiparação e no finalismo aprofundado (COSTA, OCTAVIANO MARTINS, 2015, p. 08).

Portanto, o Código de Defesa do Consumidor é aplicável ao contrato de transporte marítimo apenas para os defensores da teoria maximalista, sendo indiferente para a aplicação dessa corrente a avaliação do exportador ou importador configurarem destinatário final da carga (COSTA, 2014, p. 60). No entanto, o Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido a incidência do CDC nos casos em que há a participação de consumidor intermediário, assim entendido como o indivíduo que realiza a compra da mercadoria para utilizar em sua atividade empresária. Para tanto, faz-se necessária a demonstração da sua vulnerabilidade técnica, jurídica e econômica (COSTA, OCTAVIANO MARTINS, 2015, p. 08).

3. A ESCOLHA DA CLÁUSULA DE LEI E FORO NA ARBITRAGEM MARÍTIMA

Finalmente, necessária se faz a análise das cláusulas de escolha de Lei e Foro nos casos em que precederem a formação de demandas. Desta forma, nas relações envolveres de contratos internacionais, é possível que as partes acordem em resolver conflitos eventualmente emergentes através de meios extrajudiciais, como o é a escolha dos árbitros. Tal medida preza pela flexibilidade, rapidez e confidencialidade (FREITAS, 2013, p. 03). Assim, concluímos que a efetivação do princípio da autonomia das partes nos contratos internacionais, desde que respeitados os preceitos imperativos e de ordem pública, faculta às partes a escolha do método de solução de controvérsias, sendo-lhes permitido designar a submissão do litígio à arbitragem internacional ou determinar o foro estatal competente (OCTAVIANO MARTINS, 2013, p. 14).

No tocante aos contratos de transporte marítimo, as cláusulas de arbitragem, de forma geral, estão inclusas no próprio conhecimento de embarque.

Dessa forma, reiteramos a importância deste documento, pois representativo de partes essenciais ao contrato. Neste sentido é que as partes, sempre se direcionando à adaptação do sistema de solução de controvérsias aos interesses comuns das partes e às disposições legais específicas, elegem formas diversas de solução de eventuais conflitos emergentes em decorrência do instrumento celebrado (FREITAS, 2013, p. 03).

Trata-se da combinação, em um único conhecimento de embarque, de cláusulas de escolha de mediação, escolha de arbitragem e de escolha de foro (este último em caso de judicialização). São as denominadas cláusulas combinadas, também conhecidas como cláusulas fracionadas de solução de conflitos e eleição de foro (FREITAS, 2013, p. 03).

Nesse diapasão, a arbitragem internacional tem sido consolidada como a jurisdição do comércio internacional, bem como importante fonte do Direito Comercial Internacional e de codificação da *Lex Mercatoria* (OCTAVIANO MARTINS, 2013, p. 14). Necessário enfatizar que a cláusula arbitral é também conhecida como cláusula compromissória, prevendo o direcionamento das partes a um tribunal arbitral para dirimir eventuais controvérsias decorrentes do contrato celebrado. Quando bem planejada a cláusula arbitral, as sentenças arbitrais serão passíveis de aplicação em qualquer país em que o devedor tenha bens, bastando que esta nação seja signatária da Convenção de Nova Iorque de 1958 (FREITAS, 2013, p. 03).

Quanto a este aspecto, merece destaque o fato de que a cláusula de eleição de foro tem natureza eminentemente processual, sendo responsável tão-somente por determinar a competência internacional para a apreciação de eventual litígio emergente em razão do contrato celebrado. Não deve ser confundida, no entanto, com a cláusula de eleição do direito material aplicável a uma relação jurídica de direito privado com conexão internacional normatizada pelas normas de Direito Processual Civil internacional (OCTAVIANO MARTINS, 2013, p. 14). Nesse sentido, devemos afirmar que a cláusula de eleição de foro não deve ser confundida com a cláusula de eleição da legislação aplicável ao contrato, tampouco com a

cláusula arbitral. São três institutos distintos, com implicações práticas diversas, apesar de todas emanarem da autonomia da vontade (TIMM, 2006, p. 21).

Nesse sentido, podemos entender a cláusula arbitral como uma forma de superação das etapas de vingança privada, dos juízos cabalísticos, da intransigência naturalmente existentes quando da formação de litígios. Revela-se, em verdade, uma cláusula de evolução do Direito Comercial Internacional, sendo classificada como jurisdição de equidade, possibilitando-nos utilizá-la lado a lado com os instrumentos estatais de distribuição da justiça (BARBOSA, 1999, p. 222).

No Brasil, a Lei n.º 9.307/1996 (Lei de Arbitragem) apresentou a possibilidade de escolha do sistema legal de qualquer país para a regência do contrato celebrado (COSTA, 2014, p. 58). Por outro lado, em que pese a evolução deste instituto, a utilização da arbitragem comercial marítima é pouco utilizada, justamente pela falta de experiência e tradição nesta área. No entanto, reiterada deve ser a vantagem de celebração deste pacto, tendo em vista a sua grande propensão em fazer valer, de forma eficaz, a autonomia da vontade das partes (LEITÃO; FERNANDES, 2007, p. 219).

Por essa razão, os profissionais da área indicam cada vez mais a arbitragem e a eleição de foro insertas em um mesmo contrato através de cláusula combinada, gerando, dessa forma, uma convivência harmoniosa dos institutos da arbitragem e do Judiciário (FREITAS, 2013, p. 04).

No entanto, com o fito de resguardar a convivência pacífica das cláusulas mencionadas, é necessário que seja feita a delimitação e a especificação quanto às atribuições de cada instância, tanto a arbitral quanto a judicial. Sua competência deve ser bem delineada durante toda a matéria contratual. Isso serve para evitar que as partes, de forma indistinta, disponham, concomitantemente, de cláusula compromissória (arbitral) e de eleição de foro, sem a devida delineação de competência das mesmas, gerando, como consequência, um conflito de competência interno ao próprio conhecimento de embarque (FREITAS, 2013, p. 04).

Na arbitragem, tem sido consolidada a possibilidade de aplicação, como direito de regência contratual, de um sistema jurídico nacional ou um sistema anacional, como a *Lex Mercatoria* e os princípios UNIDROIT como direito aplicável ao mérito, haja vista o consentimento expresso das partes contratantes. Essa teoria não é pacífica, de modo que existe entendimento de que a sua aplicabilidade direta e exclusiva, em arbitragem, dependerá da ordem jurídica nacional (OCTAVIANO MARTINS, 2013, p. 49).

Por outro lado, tem sido levantada a tendência de aplicação da *Lex Mercatoria* ainda que as partes não manifestem a sua vontade de forma expressa, sendo considerada a sua vontade implícita. Nesse sentido, a discussão envolve a constituição da *Lex Mercatoria* como um corpo permanente de normas jurídicas aplicável de forma direta e automática às transações comerciais internacionais, salvo expressa exclusão contratual, ou se, por outro lado, estão diretamente vinculadas à manifestação taxativa da vontade dos contratantes de aplicação (OCTAVIANO MARTINS, 2013, p. 50).

Doutrinadores mais clássicos consideram que, inexistente qualquer disposição contratual, o tribunal arbitral poderá aplicar a legislação que entender adequada, considerando as disposições do contrato e os usos comerciais relevantes que remetam à incidência da *Lex Mercatoria*. Por esse lado, surgiria o questionamento, será se deveria o tribunal arbitral identificar ou não a vontade implícita das partes em aplicar ou não a *Lex Mercatoria* (OCTAVIANO MARTINS, 2013, p. 50).

Por outro lado, doutrinadores mais vanguardistas já entendem que, sendo as partes silentes quanto à indicação da legislação regente do seu contrato, os árbitros deveriam aplicar as normas mais apropriadas ao abrigo das regras de conflito, considerando os termos do contrato e usos comerciais. Assim, silentes as partes, admitir-se-ia a aplicação da *Lex Mercatoria*, independentemente da sua vontade implícita (OCTAVIANO MARTINS, 2013, p. 50).

Por fim, em tendência ainda mais ampla, existem doutrinadores que defendem a total liberdade dos árbitros quanto à escolha da legislação aplicável aos contratos (OCTAVIANO MARTINS, 2013, p. 50). Este, no entanto, não nos parece posicionamento mais adequado, tendo em vista a sua contrariedade ideológica com o princípio da autonomia da vontade das partes contratantes, sendo ela transferida aos árbitros. Consideraríamos, desta forma, que a autonomia da vontade não estaria sendo exercida em sua forma plena, mas apenas de forma indireta.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da produção do presente estudo, foi possível constatar a atual e crescente importância do transporte marítimo para a economia mundial, tendo em vista o cada vez mais célere processo de globalização e aumento das relações comerciais internacionais. Decerto, conforme destrinchado ao longo do estudo, o conhecimento de embarque é o instrumento representativo do contrato de transporte marítimo, nele constando cláusulas essenciais para a sua conclusão. Entretanto, quando houver plena negociação do contrato de transporte de mercadorias, cujas cláusulas sejam devidamente debatidas e negociadas, ou seja, sejam definidos taticamente o foro e a lei aplicável ao contrato em caso de litígio, bem como se será submetido a jurisdição estatal ou arbitral.

O principal objetivo do estudo fora analisar, na constituição do conhecimento de embarque, as possibilidades e limites de aplicação do princípio da autonomia da vontade, a partir da efetivação das cláusulas de eleição de foro e de regência contratual. Desse modo, de um lado, tínhamos a autonomia da vontade, consubstanciada pelo *pacta sunt servanda*, que representa a liberdade negocial das partes. De outro, a segurança jurídica, o caráter coercitivo das normas de Direito Público.

Concluimos, assim, que a autonomia da vontade é instituto essencial para a celebração de contratos, devendo ser levado em consideração. No âmbito internacional, é permitida às partes a inclusão de cláusulas de arbitragem, de escolha de lei e de foro competente. No entanto, em prol da segurança jurídica, a autonomia da vontade não pode ser tida como absoluta. Isso, em verdade, leva alguns doutrinadores a criticar o termo “autonomia da vontade”, vez que sempre será limitada.

Assim, as cláusulas de eleição de foro e de lei, assim como a cláusula de arbitragem, são de plena aplicação nos contratos de compra e venda e de transporte marítimo internacional. No entanto, a sua aplicação estará limitada à admissão, pelos ordenamentos jurídicos internos, de aplicação de legislação estrangeira a contratos em seu território estabelecidos.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Samuel Rodrigues. *Deux ex machina* ou a arbitragem e os dilemas da evolução jurídica. In: **CASELLA, Paulo Borba. Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional**. 2. ed. São Paulo: Ltr, 1999.

COSTA, Francisco Campos da. **Limites e possibilidades da cláusula de escolha de lei e foro no conhecimento de embarque marítimo**. Monografia apresentada à Unidade de Ensino Superior Dom Bosco no curso de Direito, 2014.

COSTA, Francisco Campos da; OCTAVIANO MARTINS, Eliane M. **Das Reformas Estruturais no Direito Marítimo Brasileiro Contemporâneo**. prelo, 2015.

ENGELBERG, Esther. **Contratos Internacionais do Comércio**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1997.

FREITAS, Fernanda Cristina Alem. Contratos Internacionais: A Arbitragem e a Eleição do Foro em Cláusula Combinada. **Revista Legal Matters**, 2013. Disponível em:< http://almeidafreitas.com.br/wp-content/uploads/2013/04/Contratos_Internacionais_LEGALMATTERS_06-2013.pdf>. Acesso em 16 de ago 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro, volume 1: parte geral**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LILLA, Paulo Eduardo. **Autonomia da vontade nos contratos internacionais**. Disponível em:< <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16%2cMI71902%2c51045-Autonomia+da+vontade+nos+contratos+internacionais>>. Acesso em: 16. Ago. 2015.

MARTINS, Eliane M. Octaviano. **Curso de Direito Marítimo, volume I**. São Paulo: Manole, 2013. vol. I.

OCTAVIANO MARTINS, **Eliane Maria. Curso de Direito Marítimo, volume II: vendas marítimas.** 2. ed. atual. e ampl. Barueri: Manole, 2012.

OCTAVIANO MARTINS, Eliane Maria. Curso de Direito Marítimo, volume III: contratos e processos. Barueri: Manole, 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado - Incluindo Noções de Direitos Humanos e Direito Comunitário.** 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

STRENGER, Irineu. **Direito do Comércio Internacional e Lex Mercatória.** São Paulo: LTr, 1996.

TIMM, Luciano Benetti. A cláusula de eleição de foro versus a cláusula arbitral em contratos internacionais: Qual é a melhor opção para a solução de disputas entre as partes? **Revista de arbitragem e mediação**, v. 10. São Paulo: Atlas, 2006.