

**XXVI ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI BRASÍLIA – DF**

DIREITO INTERNACIONAL II

AMÉLIA DO CARMO SAMPAIO ROSSI

FLORISBAL DE SOUZA DEL OLMO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

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 II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Amélia Do Carmo Sampaio Rossi; Florisbal de Souza Del Olmo - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-432-7

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

Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais.
2. Responsabilidade.
3. Tributação.
4. Processo de integração. XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

DIREITO INTERNACIONAL II

Apresentação

Estes anais contêm os treze artigos apresentados no Grupo de Trabalho "Direito Internacional II" no XXVI Encontro Nacional do CONPEDI, realizado na Capital Federal, no período de 19 a 21 de julho de 2017, no Centro Internacional de Convenções de Brasília. Haviam sido selecionados quatorze artigos, um dos quais não tendo sido apresentado.

Assim, Florisbal de Souza Del'Olmo e Evilhane Jum Martins abordaram as possibilidades para a construção de um direito comum global a partir de uma análise das peculiaridades da América Latina e do papel do movimento denominado Novo Constitucionalismo Latino-americano. A seguir, Ana Cristina Alves de Paula e Thiago Giovanni Romero estudaram o caso da família Pacheco Tineo versus Bolívia, que inaugurou uma nova fase do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, quando a Corte Interamericana condenou a Bolívia pela violação ao princípio internacional do non-refoulement. E Elaine Harzheim Macedo e Marcelo Garcia da Cunha teceram considerações sobre a possibilidade de a coisa julgada transnacional ter automática projeção no Brasil.

A seguir, Marcos Henrique Silveira e Frederico Eduardo Zenedin Glitz comprovaram que a liberdade contratual das partes deve ser prestigiada por meio da escolha do Direito aplicável aos contratos internacionais. Por seu turno, Kenny Sontag e Nicole Rinaldi de Barcellos analisaram elementos de Parte Geral de Direito Internacional Privado, presentes nos recentes Regulamentos da União Europeia, referentes à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria de regimes matrimoniais e de efeitos patrimoniais das parcerias registradas. E Cláudio Macedo de Souza ocupou-se das razões em que se fundamenta a metodologia preventiva da cooperação penal internacional, baseada na definição legal de organização criminosa transnacional.

O orador seguinte, Marcelo Simões dos Reis, procedeu a análise do Direito Internacional dos Investimentos à luz da Teoria dos Sistemas, enquanto Juventino de Castro Aguado e Roberta de Miranda Castellani defenderam esforços dos Estados em prol do combate à apatridia, a fim de que as ações dos organismos internacionais sejam concretizadas nessas ações. O artigo de Aginaldo de Oliveira Braga e Patricia Leal Miranda de Aguiar propõe uma análise sistemática dos assuntos pertinentes aos temas inerentes à responsabilidade civil pelo dano ambiental causado por acidentes marítimos em alto-mar e os impactos ambientais. O décimo artigo, de Madson Anderson Corrêa Matos do Amaral e Everton Silva Santos, se ocupou do

tratamento legal dado ao direito à informação nas Convenções Internacionais, com o intuito de corroborar da importância de tal prerrogativa para os demais direitos, e de se alcançar a justiça e a democracia.

Nos três últimos trabalhos, Josinaldo Leal de Oliveira e Ricardo Duarte Guimarães defenderam que o direito da integração pode efetivamente ser o caminho para uma proteção global do consumidor; Mariana Sebalhos Jorge analisou a incidência da autonomia da vontade no direito internacional privado da União Europeia, a partir das previsões normativas inseridas nos seus regulamentos; e Iana Melo Solano Dantas e Bárbara de Melo Fernandes teceram considerações sobre a situação de desproteção do consumidor brasileiro nos contratos internacionais de consumo, respectivamente.

O fio condutor de tão diversas leituras aponta para a importância cada vez maior do Direito internacional no horizonte de compreensão do direito interno no mundo contemporâneo, em especial no que toca à proteção dos direitos humanos fundamentais.

Boa leitura a todos.

Prof. Dr. Florisbal de Souza Del Olmo (URI)

Profa. Dra. Amélia Do Carmo Sampaio Rossi - PUC/PR

A AUTONOMIA DA VONTADE COMO ELEMENTO DE CONEXÃO NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO DA UNIÃO EUROPEIA

THE PARTY AUTONOMY AS CONNECTING FACTOR IN THE EUROPEAN UNION PRIVATE INTERNATIONAL LAW

Mariana Sebalhos Jorge ¹

Resumo

O presente trabalho analisa o elemento de conexão autonomia da vontade a partir da sua ascensão no mundo globalizado. O foco do trabalho consiste na análise da incidência da autonomia da vontade no direito internacional privado da União Europeia, a partir das previsões normativas inseridas nos seus regulamentos. Para que então sejam analisadas decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia que utilizaram estes regulamentos e que reconheceram a primazia da vontade das partes, sempre que possível. Não há dúvida de que a autonomia da vontade no direito internacional privado é um reflexo do mundo contemporâneo, globalizado.

Palavras-chave: Autonomia da vontade, Direito internacional privado, União europeia, Elemento de conexão, Lei aplicável

Abstract/Resumen/Résumé

This paper analyzes the connecting factor of party autonomy from its ascent in the globalized world. The focus of the work is to analyze the incidence of party autonomy in private international law of the European Union, based on the normative forecasts included in its regulations. In order to examine, therefore, the decisions of the Court of Justice of the European Union which have used these regulations and which have recognized the primacy of the parties' will, whenever possible. There is no doubt that the party autonomy in private international law is a reflection of the contemporary, globalized world.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Party autonomy, Private international law, European union, Connecting factor, Applicable law

¹ Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Bacharel em Relações Internacionais (UFSM). Bacharel em Direito (UNIFRA).

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Este trabalho pretende analisar a autonomia da vontade como elemento de conexão no direito internacional privado, com foco no direito da União Europeia. Para tanto, inicialmente, será analisado este elemento de conexão *lato sensu*, a partir da sua ascensão em um ambiente globalizado. Nesta primeira parte também será analisada a controvérsia que permeia a previsão da autonomia da vontade no direito internacional privado brasileiro.

No Brasil era possível visualizar a liberdade das partes em escolherem outra lei aplicável às obrigações internacionais, que não a lei do lugar onde esta fosse contraída na introdução ao código civil de 1916. Desde 1942, no entanto, com o advento da Lei de Introdução ao Código Civil – atualmente denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – a expressão que permitia esta escolha foi retirada, de modo que se entende não ser mais possível a escolha pelas partes.

Enquanto a autonomia da vontade ainda busca espaço no direito internacional privado brasileiro, a sua previsão nos regulamentos da União Europeia é visível. Como se observará, a autonomia da vontade no direito unional já ultrapassa a esfera obrigacional, sendo incidente também em matérias do estatuto pessoal, como direito de família e direito sucessório.

Assim, pretende-se analisar os regulamentos de direito internacional privado da União Europeia que preveem o elemento de conexão autonomia da vontade, e ainda analisar decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia que já utilizaram estas previsões normativas e reconheceram a importância de respeitar, sempre que possível, a vontade das partes. Será utilizado o método dedutivo, partindo de uma análise geral do elemento de conexão da autonomia da vontade, até especificar na previsão deste elemento de conexão no direito internacional privado da União Europeia.

Não há dúvida de que a autonomia da vontade no direito internacional privado, ou seja, a liberdade das partes em escolherem a lei aplicável ao contrato, é um reflexo inerente do mundo globalizado, já sendo o elemento de conexão adotado pela maioria das legislações que regem a matéria.

1 A AUTONOMIA DA VONTADE COMO ELEMENTO DE CONEXÃO NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

A fim de que em um segundo momento seja realizada uma análise do elemento de conexão autonomia da vontade no direito internacional privado da União Europeia

especificamente, tanto a partir da sua previsão normativa como da sua utilização pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, será realizada uma breve análise inicial do elemento de conexão autonomia da vontade *lato sensu*.

Inicialmente, com uma análise da ascensão da liberdade de escolha das partes no mundo globalizado, abordando as controvérsias existentes quanto à autonomia da vontade no direito internacional privado, e ainda referenciando o cenário deste elemento de conexão no direito brasileiro, que parece não acompanhar as tendências modernas dos seus principais parceiros econômicos.

1.1 A liberdade de escolha da lei aplicável em ascensão no mundo globalizado

Nos últimos anos, significativas foram as alterações sociais que ocorreram no mundo. O fenômeno da globalização alterou a sociedade de modo substancial, interferindo tanto na política como na economia, de modo que se observou uma alteração na dimensão física das relações sociais. Estas relações adquiriram características próprias, ultrapassando barreiras materiais, tendo as inovações tecnológicas apenas incentivado o fenômeno que aproximou pessoas de diferentes partes do mundo, dissolvendo fronteiras¹. Conforme Octavio Ianni, “desde que se acelerou o processo de globalização do mundo, modificaram-se as noções de espaço e tempo”, de modo que “a crescente agilização das comunicações, mercados, fluxos de capitais e tecnologias, intercâmbios de ideias e imagens”² modificou a realidade social.

As fronteiras, que antes protegiam os Estados e dificultavam a circulação de pessoas e de mercadorias, agora são reduzidas de modo a permitir que estas circulações ocorram mais intensamente. A globalização afetou diretamente os Estados. Estes, cada vez mais, passaram a ratificar a necessidade de integração entre os países, fortalecendo os laços econômicos³.

Conforme Joseph Stiglitz, “a globalização reduziu a sensação de isolamento que muitas das nações em desenvolvimento sentiam um século atrás, e deu acesso a um conhecimento que estava além do alcance de muitas pessoas nesses países – até mesmo dos mais ricos em qualquer país”⁴, de modo que conseguiu fornecer a até mesmo os países em desenvolvimento um significativo avanço. Moya Dominguez afirma que os avanços

¹ IANNI, 1998, p. 167.

² IANNI, 1998, p. 167.

³ RIBEIRO; TREIN, 2005, p. 221.

⁴ STIGLITZ, 2002, p. 30.

tecnológicos permitiram relativizar as noções de tempo e espaço, transformando o mundo em uma “aldeia global”⁵.

Reflexo direto deste cenário se observou no direito internacional privado. Ainda que esta área seja notoriamente conhecida por ser um direito nacional⁶, interno de cada país, o número de relações jurídicas com conexão internacional apenas se intensificou com a redução das fronteiras e o fenômeno da globalização em si. A liberdade passou a ser cada vez mais um anseio social, que procurava se desvincular do poder controlador estatal.

Esta busca por liberdade e pelo reconhecimento da vontade da pessoa refletiu também no direito internacional privado, que como uma de suas atribuições, visa responder qual lei deverá ser aplicada a um caso que possua conexão internacional. No direito internacional privado são os elementos de conexão que possuem a função de definir o critério a ser utilizado pelo país para a escolha da lei aplicável a um caso que possua conexão internacional.

A doutrina optou por separar estes elementos de conexão em classes, para que cada relação fosse submetida a um critério que seria o mais adequado para a escolha da lei aplicável àquela situação. Existem, por exemplo, os elementos de conexão relativos ao estatuto pessoal, entre os quais se destaca a nacionalidade, o domicílio e a residência habitual⁷. Estes possuem a função de determinar o critério a ser utilizado para definir a lei aplicável quanto ao estatuto pessoal, que “engloba o estado da pessoa e sua capacidade”⁸.

Certo destaque, no entanto, deve ser concedido à autonomia da vontade no direito internacional privado, uma vez que a incidência deste elemento de conexão já pode ser observada no direito de família e no direito sucessório – áreas do estatuto pessoal em que a autonomia da vontade costumava ser rejeitada⁹.

De acordo com Beat Walter Rechsteiner, “a autonomia da vontade das partes, no direito internacional privado, significa que as próprias partes podem escolher o direito aplicável”¹⁰. Em um ambiente globalizado, há uma aparente tendência à ascensão da autonomia da vontade como um elemento de conexão no direito internacional privado, a fim de que a segurança jurídica seja ampliada e aumente a certeza da lei a ser aplicável na solução de

⁵ Nas palavras da autora: “Existen causas tecnológicas y económicas que influyen en el plano político y facilitan la globalización. Se trata de la aceleración que los adelantos científicos y tecnológicos han dado a la producción agraria, industrial, de servicios y de información, entre otras, lo que permitió relativizar las nociones de tiempo y espacio y transformar al mundo en una aldea global”. MOYA DOMÍNGUEZ, 2006, p. 43 e 44.

⁶ Federica Moro afirma que: “Par ‘communautaire’ on entende le phénomène caractérisé par l’intervention du droit communautaire dans les domaines relevant normalement du droit national”. MORO, 2007, p. 691.

⁷ RECHSTEINER, 2016, p. 170.

⁸ DOLINGER, 2005, p. 293.

⁹ JAYME, 2009, p. 03.

¹⁰ RECHSTEINER, 2016, p. 179.

eventual litígio contratual, a partir do reconhecimento da importância da vontade das partes nas mais variadas relações jurídicas.

Stefan Leible destaca a diferença existente entre autonomia privada e a autonomia conflitual, sendo esta a autonomia das partes no direito internacional privado. A autonomia privada estaria relacionada à liberdade das partes de configurar as suas relações privadas livremente, enquanto a autonomia conflitual estaria relacionada à liberdade das partes em eleger um direito para o contrato¹¹.

O autor destaca ainda algumas razões que justificam a utilização da autonomia conflitual, ou seja, da autonomia da vontade no direito internacional privado¹², como por exemplo, o respeito dos interesses das partes, uma vez que a autonomia da vontade estaria interligada à eficácia do negócio e sua conveniência. Outra razão seria a garantia da segurança jurídica, a partir da previsibilidade pelas partes do ordenamento jurídico que incidirá no respectivo contrato.

A possibilidade de escolha da lei aplicável aos contratos internacionais possui como objetivo a diminuição dos custos das transações internacionais, uma vez que na negociação do contrato as partes já teriam conhecimento dos custos que um eventual litígio acarretaria¹³. A falta desta informação, com a não possibilidade de escolha da lei aplicável pelas partes, gera insegurança jurídica, capaz até mesmo de inviabilizar a negociação e a conclusão do contrato internacional.

A ascensão do elemento de conexão autonomia da vontade no direito internacional privado da União Europeia é perceptível a partir da sua previsão nos regulamentos do bloco, que atualmente possui a competência para legislar a matéria. Para que se analise o direito internacional privado da União Europeia, e os regulamentos destinados a definir a lei aplicável que preveem em larga escala a autonomia da vontade, se faz necessária uma breve análise da situação deste elemento de conexão no direito internacional privado brasileiro, a partir das controvérsias existentes no país.

1.2 A autonomia da vontade no direito internacional privado brasileiro

A autonomia da vontade não possui previsão, atualmente, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – principal legislação de direito internacional privado no país.

¹¹ LEIBLE, 2010, p. 215.

¹² LEIBLE, 2010, p. 217.

¹³ ARAÚJO, 2014, p. 439.

Esta realidade era diferente até o advento da Lei de Introdução ao Código Civil, podendo-se afirmar que até 1942 o direito internacional privado brasileiro admitia o elemento de conexão autonomia da vontade. A autonomia da vontade era admitida na introdução ao código civil de 1916 – situação que foi alterada com o advento da Lei de Introdução ao Código Civil LICC em 1942 (atualmente denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro LINDB).

O artigo 13º da introdução ao Código Civil de 1916 definia que a lei do lugar onde fosse contraída a obrigação regularia a sua substância e os seus efeitos, “salvo estipulação em contrário”¹⁴. A previsão desta última expressão resultava na possibilidade de que as partes escolhessem a lei aplicável às obrigações, que não a lei do local onde estas fossem contraídas, de modo que seria, assim, admitida a autonomia da vontade no direito internacional privado brasileiro.

Com o advento da atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, no entanto, esta expressão foi retirada da previsão normativa, atualmente contida no artigo 9º da lei, que apenas prevê que “para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem”¹⁵. A retirada da expressão do texto normativo fez muitos doutrinadores se questionarem se estaria, assim, vedada a autonomia da vontade no direito brasileiro – controvérsias que nem a legislação, e nem a jurisprudência conseguiram solucionar sem deixar dúvidas¹⁶.

Esta incerteza existente no direito internacional privado brasileiro, aliada ao fato de que a tendência é acreditar na proibição da autonomia da vontade na norma nacional, faz com que a legislação seja vista no estrangeiro como uma previsão já ultrapassada e que não acompanha a tendência legislativa dos principais parceiros comerciais do Brasil¹⁷ – Estados Unidos da América e União Europeia – que adotam com primazia a autonomia da vontade¹⁸.

Nadia de Araujo ao tratar sobre uma possível reforma da LINDB afirma que se adiciona neste momento os motivos “de cunho econômico, porque a adoção da autonomia da vontade significaria um ganho de eficiência nada desprezível para as partes contratantes aqui estabelecidas e atuantes no comércio internacional”¹⁹.

¹⁴ Previsão normativa do artigo 13: “Regulará, salvo estipulação em contrário, quanto á substância e aos efeitos das obrigações, a lei do lugar, onde forem contraídas”. BRASIL, Introdução ao Código Civil de 1916.

¹⁵ BRASIL, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

¹⁶ ARAÚJO, 2015, p. 297.

¹⁷ ARAÚJO, 2015, p. 298.

¹⁸ Como afirma Gisela Ruhl: “In the United States, just like in Europe, party autonomy was the focal point of a fierce debate at the beginning of the 20th century”. RUHL, 2007, p. 06.

¹⁹ ARAÚJO, 2015, p. 299.

Como um marco para o reconhecimento da ascensão da autonomia da vontade e a necessidade de adoção deste elemento de conexão entre os países americanos, destaca-se a V Conferência Interamericana sobre Direito Internacional Privado (CIDIP V) promovida pela Organização dos Estados Americanos (OEA), em que ficou estabelecido um consenso entre os países latino-americanos, que reconheceram “a necessidade de ter regras de conexão em que a autonomia da vontade fosse plenamente contemplada, pois na legislação dos países parceiros essa possibilidade já era uma realidade”²⁰.

É preciso destacar que está em tramitação no país atualmente, o Projeto de Lei nº 281, apresentado pelo Senador José Sarney, que *a priori* visava apenas atualizar o Código de Defesa do Consumidor, e que no momento conta com uma atualização do artigo 9º da LINDB, em que se observa a inserção da autonomia da vontade no direito internacional privado brasileiro.

O *caput* do artigo 9º, conforme consta no projeto de lei passaria a prever que “o contrato internacional entre profissionais, empresários e comerciantes rege-se pela lei escolhida pelas partes, sendo que o acordo das partes sobre esta escolha deve ser expresso”²¹. Conforme Nadia de Araujo, a redação do novo artigo 9º estaria relacionada aos Princípios da Haia que possuem como “missão primordial promover a autonomia das partes, assegurando que a lei escolhida por elas seja utilizada quando surge um litígio em relação ao contrato internacional em questão”²².

Em 2014, o Brasil internalizou a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias através do Decreto nº 8.327, que possui como princípio basilar a garantia da autonomia da vontade das partes. O que se espera é que com todos estes desenvolvimentos na matéria, a autonomia da vontade seja inserida no direito internacional privado brasileiro como critério capaz de determinar a lei aplicável aos contratos internacionais.

Enquanto os países latino-americanos, incluído o Brasil, tentam atualizar as suas normas de direito internacional privado a fim de que o elemento de conexão da autonomia da vontade seja inserido nos contratos internacionais, a realidade existente na União Europeia reflete o avanço que estes países possuem na matéria. A autonomia da vontade no âmbito unional ultrapassou a esfera contratual e já pode ser observada em áreas como o direito de família e direito sucessório.

²⁰ ARAÚJO, 2014, p. 438. Importante salientar que esta Convenção, no entanto, não foi ratificada pelos Estados, tendo entrado em vigor apenas no México e na Venezuela.

²¹ BRASIL, Projeto de Lei nº 281.

²² ARAÚJO, 2015, p. 251.

2 A AUTONOMIA DA VONTADE NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO DA UNIÃO EUROPEIA

Esta parte do trabalho será destinada à análise da autonomia da vontade no direito internacional privado da União Europeia. Em um primeiro momento, será feita a análise da previsão normativa deste elemento de conexão nos regulamentos de direito internacional privado do bloco, a fim de ratificar a ascensão da autonomia da vontade enquanto critério determinante da lei aplicável não só às relações obrigacionais, como também em áreas que a autonomia da vontade era fortemente rejeitada, como o direito de família e o direito sucessório.

Em um segundo momento, será realizada uma análise de decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia que já utilizaram as previsões normativas deste elemento de conexão, a fim de determinar o modo como o Tribunal vem interpretando estes regulamentos, buscando a uniformização do direito internacional privado entre os Estados-membros.

2.1 A previsão da autonomia da vontade nos regulamentos de direito internacional privado da União Europeia

Com a comunitarização²³ do direito internacional privado, a União Europeia passou a ter a competência para legislar a matéria, retirando a competência que antes pertencia aos Estados-membros em suas legislações internas. Foi com o Tratado de Amsterdã, em 1997, que a atividade normativa da União Europeia no direito internacional privado foi intensificada²⁴. Atualmente, destaca-se o artigo 81º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) que prevê uma cooperação judiciária em matéria civil²⁵, o que consagrou a competência do bloco.

Desde então, a União Europeia vem emitindo normas de direito internacional privado que visam uniformizar a matéria entre os Estados-membros, através de regulamentos, através

²³ Conforme Aline Beltrame de Moura: “Nacionalidade, domicílio e residência habitual são três das opções de políticas legislativas geralmente utilizadas pelos sistemas internacional-privatistas estatais a fim de individuar a lei aplicável ao estatuto pessoal do sujeito. Conforme será analisado, no âmbito europeu, a questão tem adquirido maior relevância nos últimos anos em razão da intensificação do processo de comunitarização do Direito Internacional Privado”. BELTRAME DE MOURA, 2012, p. 1074.

²⁴ JAEGER JUNIOR, 2012, p. 62.

²⁵ Artigo 81º: “1. A União desenvolve uma cooperação judiciária nas matérias civis com incidência transfronteiriça, assente no princípio do reconhecimento mútuo das decisões judiciais e extrajudiciais. Essa cooperação pode incluir a adoção de medidas de aproximação das disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros”. UNIÃO EUROPEIA, Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

do fenômeno conhecido como a europeização²⁶. O artigo 288º do TFUE determina que os regulamentos possuirão caráter geral, sendo obrigatórios em todos os seus elementos e diretamente aplicáveis em todos os Estados-membros²⁷. Conforme Karine de Souza Silva, é a obrigatoriedade a característica essencial que difere o regulamento dos demais atos normativos da União²⁸. Os regulamentos seriam os atos capazes de consolidar a integração, uniformizando as legislações²⁹.

No direito internacional privado, destaca-se o regulamento nº 593 de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais, denominado Roma I e que muito interessa a este trabalho. Este regulamento destinou-se à determinação da lei aplicável às obrigações contratuais, a partir de previsões gerais e, posteriormente, ainda, previsões destinadas aos diferentes tipos contratuais.

Conforme Stefan Leible, ao tratar atualmente da autonomia da vontade no direito internacional privado é necessário destacar o regulamento Roma I, por este ser a mais moderna regulação de direito internacional privado dos contratos, que se rege em um número expressivo de Estados e ainda trata sobre numerosas matérias de forma exemplar³⁰.

O considerando nº 6 do regulamento Roma I definiu que “para favorecer a previsibilidade do resultado dos litígios” e ainda “a certeza quanto à lei aplicável”, necessário se faz que as normas de conflitos em vigor nos Estados-membros “designem a mesma lei nacional, independentemente do país em que se situe o tribunal no qual é proposta a ação”³¹.

Conforme Guilherme Centauro Hellwig, a evolução do processo de integração na União Europeia “fez com que os Estados-membros passassem a se preocupar com a gradativa compatibilização das suas normas relativas a conflitos de leis e de jurisdição”, de modo que se exigia “não apenas certeza quanto à lei aplicável, como também a previsibilidade do resultado de litígios”³².

O artigo 3º do presente regulamento, assim, determina a liberdade de escolha pelas partes, definindo que “o contrato rege-se pela lei escolhida pelas partes”³³. Este artigo define a autonomia da vontade como o elemento de conexão a determinar a lei aplicável às obrigações

²⁶ Ver mais em: JAEGER JUNIOR, Augusto. *Europeização do Direito Internacional Privado: caráter universal da lei aplicável e outros contrastes com o ordenamento jurídico brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2012.

²⁷ Artigo 288º: “O regulamento tem caráter geral. É obrigatório em todos os seus elementos e diretamente aplicável em todos os Estados-Membros”. UNIÃO EUROPEIA, Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

²⁸ SILVA, 2005, p. 130.

²⁹ SILVA, 2005, p. 136.

³⁰ LEIBLE, 2010, p. 220.

³¹ UNIÃO EUROPEIA, Regulamento nº 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, Roma I.

³² HELWIG, 2016, p. 341.

³³ UNIÃO EUROPEIA, Regulamento nº 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, Roma I.

contratuais, reconhecendo “como elemento de conexão essencial da contratação internacional”³⁴. O considerando nº 11 do regulamento Roma I, determina que “a liberdade das partes de escolherem o direito aplicável deverá constituir uma das pedras angulares do sistema de normas de conflitos de leis em matéria de obrigações contratuais”³⁵.

O regulamento Roma I prevê também os critérios que irão determinar a lei aplicável na ausência de escolha pelas partes, em que se destaca a ascensão do elemento de conexão da residência habitual. O artigo 4º, assim, define a lei aplicável na falta de escolha pelas partes, no contrato de compra e venda, contrato de prestação de serviços, contrato envolvendo direito real, contrato de franquia, em que se destaca a prevalência da residência habitual.

O restante do regulamento Roma I vai tratar sobre tipos específicos de contratos que exigem regras mais especiais, como o contrato de transportes, em que a liberdade de escolha pelas partes é permitida desde que a escolha recaia em uma das opções elencadas no artigo 5º³⁶. Também nesta seara encontra-se o contrato celebrado por consumidores, determinando a liberdade de escolha da lei aplicável pelas partes desde que a escolha não tenha como consequência privar o consumidor da sua proteção³⁷.

De acordo com Gisela Ruhl, o consumidor pode invocar as regras imperativas da sua residência habitual e assim invocar a lei que for mais favorável para ele³⁸. A escolha da lei aplicável não pode resultar na privação de direitos que o consumidor já possui garantidos.

O regulamento ainda tratará sobre os contratos de seguro, prevendo no artigo 7º a possibilidade de escolha da lei pelas partes, e na sua ausência a incidência do elemento de conexão residência habitual do segurador³⁹. Outro contrato previsto separadamente neste regulamento é o contrato individual de trabalho, em que também a incidência da autonomia da vontade é limitada. O artigo 8º determina que o contrato será regulado pela lei escolhida pelas partes, desde que a escolha não prive o trabalhador da proteção que possui⁴⁰.

A previsão da autonomia da vontade nestes contratos – de transportes, de consumo, de seguro e de trabalho – é visível, ainda que corresponda a uma relação entre partes que não

³⁴ JAEGER JUNIOR, 2012, p. 294.

³⁵ UNIÃO EUROPEIA, Regulamento nº 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, Roma I.

³⁶ JAEGER JUNIOR, 2012, p. 306.

³⁷ JAEGER JUNIOR, 2012, p. 309.

³⁸ Gisela Ruhl afirma: “As a result, a choice of law cannot strip the consumer of the coverage of the consumer protection laws of his habitual residence. Instead, he may rely on the mandatory rules of his habitual residence and, thus, invoke the law whichever is the more favorable to him”. RUHL, 2007, p. 21.

³⁹ UNIÃO EUROPEIA, Regulamento nº 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, Roma I.

⁴⁰ UNIÃO EUROPEIA, Regulamento nº 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, Roma I.

possuem igualdade, possuindo uma das partes certa vulnerabilidade diante da outra. Este desequilíbrio contratual é que limita a autonomia da vontade nestes tipos contratuais⁴¹.

Outros regulamentos surgiram a fim de uniformizar o direito internacional privado na União Europeia, como o regulamento nº 864 de 2007, relativo a lei aplicável às obrigações extracontratuais, conhecido como Roma II. Este regulamento também priorizou a liberdade de escolha pelas partes, prevendo no considerando nº 31 que “as partes deverão poder escolher a lei aplicável a uma obrigação extracontratual”, de modo que “esta escolha deverá ser expressa ou demonstrada com um grau de certeza razoável pelas circunstâncias do caso”⁴².

Assim, o artigo 14º do regulamento Roma II determina que “as partes podem acordar em subordinar obrigações extracontratuais à lei da sua escolha”, mediante convenção posterior ao fato que deu origem ao dano, ou mediante uma convenção negociada, anterior ao fato que deu origem ao dano quando todas as partes desenvolverem atividade econômica⁴³. Esta escolha deve ser expressa ou decorrer das circunstâncias do caso, não prejudicando direitos de terceiros. A regra geral deste regulamento, no entanto, é a lei do local do dano (*lex loci damni*), conforme previsão do artigo 2º.

Ambos regulamentos, o Roma I e o Roma II, “reconhecem autonomia às partes, permitindo que elas selecionem a sua própria lei regulamentadora”⁴⁴. Estes regulamentos irão ditar a preferência do legislador europeu pela autonomia da vontade das partes, respeitando a escolha da lei aplicável.

A autonomia da vontade nas obrigações contratuais e extracontratuais prevalece em um número significativo de ordenamentos jurídicos que ratificam a primazia deste elemento de conexão⁴⁵. A União Europeia, no entanto, foi além e inovou ao utilizar o elemento de conexão da autonomia da vontade em áreas que tradicionalmente não aceitavam a sua incidência, como o direito de família e o direito sucessório⁴⁶.

Dessa forma, observa-se o regulamento nº 1259 de 2010, que cria uma cooperação reforçada no domínio da lei aplicável em matéria de divórcio e separação judicial⁴⁷. Diferentemente dos regulamentos já vistos, este prevê uma cooperação reforçada que contou inicialmente com a adesão de quatorze Estados-membros, tendo o considerando nº 11 definido

⁴¹ JAEGER JUNIOR, 2012, p. 313.

⁴² UNIÃO EUROPEIA, Regulamento nº 864/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, Roma II.

⁴³ UNIÃO EUROPEIA, Regulamento nº 864/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, Roma II.

⁴⁴ JAEGER JUNIOR, 2012, p. 344.

⁴⁵ JAEGER JUNIOR, 2012, p. 294.

⁴⁶ JAYME, 2009, p. 03.

⁴⁷ UNIÃO EUROPEIA, Regulamento nº 1259 de 2010, que cria uma cooperação reforçada no domínio da lei aplicável em matéria de divórcio e separação judicial.

a importância na indicação destes Estados-membros a fim de delimitar o âmbito de aplicação territorial do regulamento.

De modo inovador, o artigo 5º do presente regulamento apresentou a escolha da lei aplicável pelas partes, definindo que “os cônjuges podem acordar em designar a lei aplicável ao divórcio e à separação judicial”⁴⁸ desde que se trate de uma das leis ali previstas. A escolha deve recair, assim, na lei do Estado da residência habitual dos cônjuges no momento da celebração do acordo, ou na lei do Estado da última residência habitual dos cônjuges, desde que um ainda resida no local no momento da celebração do acordo, ou na lei do Estado da nacionalidade de um dos cônjuges à data da celebração do acordo, ou ainda na lei do foro. Do mesmo modo que os demais regulamentos, o artigo 8º do regulamento nº 1259 vai determinar a lei aplicável na ausência de escolha pelas partes.

O regulamento nº 650 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, também inovou prevendo a autonomia da vontade. O considerando nº 38 define que “o presente regulamento deverá permitir aos cidadãos organizarem antecipadamente a sua sucessão através da escolha da lei aplicável à mesma”, previsão que resta contida no artigo 22º.

A regra geral deste regulamento está contida no artigo 21º, que determina que “a lei aplicável ao conjunto da sucessão é a lei do Estado onde o falecido tinha residência habitual no momento do óbito”⁴⁹. Assim, na sequência, o artigo 22º define que uma pessoa poderá escolher a lei aplicável a sua sucessão, desde que a escolha recaia na lei da sua nacionalidade no momento em que faz a escolha ou no momento do óbito.

De acordo com Erik Jayme, a utilização da autonomia da vontade na área de família e sucessões na União Europeia atua como uma forma de conciliar o elemento de conexão residência habitual com o elemento de conexão nacionalidade⁵⁰. Isto porque se observa a ascensão do elemento de conexão residência habitual enquanto grande parte dos Estados-membros ainda utilizava o elemento de conexão nacionalidade em suas legislações internas.

Como afirma ainda Nadia de Araújo, “o que se nota nessas iniciativas é que a autonomia da vontade na área do direito de família é dirigida às questões patrimoniais e

⁴⁸ UNIÃO EUROPEIA, Regulamento nº 1259 de 2010, que cria uma cooperação reforçada no domínio da lei aplicável em matéria de divórcio e separação judicial.

⁴⁹ UNIÃO EUROPEIA, Regulamento nº 1259 de 2010, que cria uma cooperação reforçada no domínio da lei aplicável em matéria de divórcio e separação judicial.

⁵⁰ JAYME, 2009, p. 03.

representa sempre uma escolha entre leis que seriam aplicáveis pelo critério da nacionalidade ou pelo critério do domicílio ou residência habitual”⁵¹.

Aline Beltrame de Moura afirma que “além da marginalização do critério de conexão da nacionalidade, a introdução da autonomia privada nos regulamentos comunitários em matéria de relações pessoais e familiares revoluciona a teoria do ‘direito privado necessário’ de Pasquale Stanislao Mancini”⁵², uma vez que a partir desta teoria seria negada qualquer faculdade em matéria de estatuto pessoal.

Outros dois regulamentos mais recentes, de 2016, devem ser mencionados uma vez que seguiram prevendo a incidência da autonomia da vontade em matérias referente ao estatuto pessoal. O primeiro foi o regulamento nº 1103 que implementou “a cooperação reforçada no domínio da competência, da lei aplicável, do reconhecimento e da execução de decisões em matéria de regimes matrimoniais”⁵³.

O artigo 22º deste regulamento definiu a possibilidade de escolha da lei aplicável ao regime matrimonial pelas partes, desde que a escolha recaísse na lei do Estado da residência habitual dos cônjuges ou futuros cônjuges, ou de apenas um deles no momento em que for concluído o acordo, ou na lei da nacionalidade de qualquer dos cônjuges no momento da conclusão do acordo. Assim como os demais regulamentos, o artigo 26º define os critérios que irão definir a lei aplicável na ausência de escolha pelas partes.

O segundo, foi o regulamento nº 1104, também de 2016, “que implementa a cooperação reforçada no domínio da competência, da lei aplicável, do reconhecimento e da execução de decisões em matéria de efeitos patrimoniais das parcerias registradas”.

Da mesma forma que o regulamento anterior, este define no artigo 22º que “os parceiros ou futuros parceiros podem acordar em designar ou alterar a lei aplicável aos efeitos patrimoniais da sua parceria registrada”⁵⁴, desde que a lei escolhida consista em uma das opções apresentadas no artigo: a lei do Estado da residência habitual dos parceiros ou futuros parceiros, ou de apenas um deles, a lei do Estado de nacionalidade de qualquer das partes ou ainda a lei do Estado onde a parceria foi estabelecida. O artigo 26º também define os critérios que irão definir a lei aplicável na ausência de escolha.

A presença da autonomia da vontade no direito internacional privado da União Europeia é inquestionável, sendo evidente ainda a ascensão deste elemento de conexão que

⁵¹ ARAUJO, 2014, p. 436.

⁵² BELTRAME DE MOURA, 2015, p. 14.

⁵³ UNIÃO EUROPEIA, Regulamento nº 1103/2016.

⁵⁴ UNIÃO EUROPEIA, Regulamento nº 1104/2016.

transcende a esfera obrigacional, incidindo também na esfera pessoal. Estes dois regulamentos de 2016 apenas ratificam a incidência da autonomia da vontade no estatuto pessoal, ao permitir que as partes escolham a lei aplicável ao seu regime matrimonial, e aos efeitos patrimoniais das parcerias registradas.

Com a significativa utilização do elemento de conexão autonomia da vontade no direito internacional privado da União Europeia, o presente trabalho pretende analisar de que forma o Tribunal de Justiça da União Europeia está reconhecendo esta liberdade de escolha pelas partes, liberdade que transcende a esfera obrigacional.

2.2 A autonomia da vontade nas decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia

Importante para este trabalho, então, é a análise de decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia que já foram fundamentadas na liberdade de escolha da lei aplicável pelas partes, a partir das previsões contidas nos regulamentos de direito internacional privado mencionados.

Destaca-se, assim, o processo C-191/15⁵⁵, julgado em 02 de junho de 2016, que visava resolver uma questão prejudicial apresentada pelo Tribunal Supremo da Áustria. No caso, uma associação de proteção dos consumidores estabelecida na Áustria intentou uma ação inibitória nos órgãos jurisdicionais austríacos, a fim de que fosse decretada a proibição da utilização de cláusulas abusivas pela *Amazon EU Sàrl* – cláusulas que constavam nas condições gerais de venda aplicáveis a consumidores residentes na Áustria.

A primeira questão elaborada pelo Tribunal Austríaco ao Tribunal de Justiça da União Europeia era quanto ao direito aplicável no âmbito da ação, que julgava o caráter abusivo dessas cláusulas. Foi questionado se deveria incidir o regulamento Roma II, uma vez que a associação autora possuía como objetivo a defesa dos interesses coletivos dos consumidores, ou o regulamento Roma I, tendo em vista que a eventual violação dos interesses coletivos dos consumidores tem a sua origem nas relações contratuais estabelecidas entre estes e o profissional. Isto porque a cláusula 12^a do contrato de consumo previa que deveria ser aplicada a lei do Estado-membro da sede do profissional, o que resultaria no país Luxemburgo.

O Tribunal de Justiça da União Europeia afirmou, a título de esclarecimento inicial, que quando uma ação tem simultaneamente por objeto obrigações contratuais e obrigações extracontratuais, o direito aplicável a cada uma dessas obrigações deve ser determinado a partir

⁵⁵ UNIÃO EUROPEIA. C-191/15. Julgado em 02 de junho de 2016. ECLI:EU:C:2016:388.

de regras diferentes. No caso em questão, não está em discussão a identificação do direito aplicável à ação inibitória, e sim o direito aplicável à questão jurídica do caráter abusivo das cláusulas contratuais.

A fim de solucionar a questão prejudicial, o Tribunal de Justiça da União Europeia utilizou as previsões normativas contidas no regulamento Roma I, reconhecendo a liberdade de escolha da lei aplicável também nos contratos de consumo, afirmando que “as partes podem escolher a lei aplicável a um contrato que observe os requisitos do n° 1, nos termos do artigo 3.º Esta escolha não pode, porém, ter como consequência privar o consumidor da proteção que lhe proporcionam as disposições não derogáveis por acordo da lei”⁵⁶.

De acordo com o Tribunal, a legislação autoriza as cláusulas de escolha da lei, “mesmo quando estas não tenham sido objeto de negociação individual” de modo que é possível as partes acordarem o direito aplicável a um contrato celebrado por consumidores. Assim, o Tribunal alegou que uma cláusula de escolha da lei que designa o direito do Estado-membro da sede do profissional “só é abusiva na medida em que apresente determinadas especificidades, próprias da sua redação ou do seu contexto, de que resulte um desequilíbrio significativo entre os direitos e as obrigações das partes”⁵⁷.

No caso, o Tribunal afirmou ainda que esta cláusula de escolha da lei deve ser transparente quando à possibilidade de o consumidor invocar as disposições imperativas do direito do Estado da sua residência, de modo que uma cláusula de escolha da lei que designa o direito de um Estado-membro diferente daquele em que o consumidor reside é suscetível de reduzir ainda mais a atratividade da ação jurisdicional a ser intentada contra o profissional. Afirmando ainda que “a possibilidade de o consumidor invocar a proteção que as leis imperativas do Estado da sua residência lhe conferem reveste-se de uma importância prática considerável”. Assim, “as leis do Estado em que o consumidor reside são-lhe geralmente mais familiares e acessíveis (quanto mais não seja por razões linguísticas) e, por conseguinte, mais fáceis de invocar, do que as do Estado-membro da sede do profissional”⁵⁸.

No caso, então, a inexistência de menção na cláusula 12ª da possibilidade de o consumidor invocar as leis do país que reside é capaz de dar a este a impressão errada de que apenas o direito elencado nesta cláusula se aplica ao contrato. Esta previsão pode afetar a decisão do consumidor em intentar ou não uma ação contra o profissional, de forma que esta

⁵⁶ UNIÃO EUROPEIA. C-191/15. Julgado em 02 de junho de 2016. ECLI:EU:C:2016:388.

⁵⁷ UNIÃO EUROPEIA. C-191/15. Julgado em 02 de junho de 2016. ECLI:EU:C:2016:388.

⁵⁸ UNIÃO EUROPEIA. C-191/15. Julgado em 02 de junho de 2016. ECLI:EU:C:2016:388.

cláusula “é suscetível de criar um desequilíbrio significativo entre os direitos e as obrigações das partes”⁵⁹, restando demonstrada a sua abusividade.

O que se demonstrou neste caso foi o reconhecimento da autonomia da vontade nos contratos celebrados por consumidores, a partir da existência válida, *a priori*, de cláusulas de escolha da lei, que apenas serão consideradas abusivas quando provocarem um desequilíbrio significativo capaz de ampliar a situação de desvantagem da parte vulnerável. No caso, a previsão de escolha da lei que designa o direito do Estado-membro da sede do profissional e que não refere a possibilidade de o consumidor utilizar as proteções contidas na lei do Estado em que reside, influencia a decisão deste consumidor em intentar uma ação contra o profissional, ampliando o desequilíbrio existente na relação jurídica.

Outro caso que se observa é o de nº C-396/13⁶⁰, julgado em setembro de 2014, em que uma empresa sediada na Polónia destacava trabalhadores para a Finlândia a fim destes trabalharem em um estaleiro de uma central nuclear. O contrato de trabalho previa a incidência da lei polaca, como a lei aplicável, ao mesmo tempo em que as convenções coletivas da Finlândia previam determinados direitos aos trabalhadores – direitos não previstos na lei polaca.

O Tribunal assim, reconhece a liberdade de escolha da lei aplicável nos contratos de trabalho, fundamentando nas previsões do artigo 3º e artigo 8º do regulamento Roma I. No caso, as partes que celebraram os contratos de trabalho escolheram expressamente a lei polaca como a lei que deveria regular as condições de emprego dos trabalhadores em causa. O sindicato, no entanto, baseou as suas pretensões em convenções coletivas de aplicação geral na Finlândia. Os problemas que surgem neste caso estão relacionados ao fato de as convenções preverem direitos que não correspondem aos direitos garantidos pelo direito polaco.

Segundo o Tribunal, no entanto, não há motivos para “excluir a possibilidade de aplicar simultaneamente duas (ou mais) leis a direitos e obrigações emergentes do mesmo contrato”⁶¹, de modo que este cenário é, inclusive, previsto no artigo 8º, nº 1, do regulamento Roma I – que admite a aplicação simultânea de várias leis ao mesmo contrato de trabalho.

A questão que se busca solucionar é saber se deve ser aplicada as previsões do regulamento Roma I, ou uma norma de conflito mais específica presente em outro instrumento jurídico da União Europeia. De acordo com o Tribunal, que fundamenta com o artigo 23º do regulamento Roma I, deve ser dada preferência às disposições do direito da União Europeia

⁵⁹ UNIÃO EUROPEIA. C-191/15. Julgado em 02 de junho de 2016. ECLI:EU:C:2016:388.

⁶⁰ UNIÃO EUROPEIA. C- 396/13. Julgado em 18 de setembro de 2014. ECLI:EU:C:2014:2236.

⁶¹ UNIÃO EUROPEIA. C- 396/13. Julgado em 18 de setembro de 2014. ECLI:EU:C:2014:2236.

que, em matérias específicas, estabeleçam normas de conflitos mais favoráveis aos interesses das partes vulneráveis.

Assim, sendo mais favoráveis as proteções garantidas pela lei da Finlândia, resta afastada a incidência da lei polaca, ainda que esta tenha sido a escolha das partes no contrato de trabalho. Evidente, no entanto, que o Tribunal de Justiça da União Europeia reconhece a autonomia da vontade inclusive nos contratos de trabalho, afirmando expressamente que “a escolha das partes deve ser, tanto quanto possível, respeitada”⁶².

Observa-se, também, o processo C-483/14⁶³, julgado em 07 de abril de 2016, que visava responder uma questão prejudicial feita pelo Tribunal Supremo da Áustria. No caso, é questionado qual lei deveria ser aplicável após uma fusão por incorporação transfronteiriça à interpretação, ao cumprimento das obrigações, bem como às causas de extinção de um contrato de empréstimo celebrado pela sociedade incorporada.

Neste caso não foi utilizado o regulamento Roma I, uma vez que os contratos em questão foram celebrados antes de dezembro de 2009, quando este entrou em vigor, sendo utilizado assim a Convenção de Roma de 1980. O artigo 3º desta convenção previa que o contrato seria regido pela lei escolhida pelas partes. O artigo 10º, por sua vez, determinava que esta lei regularia ainda a interpretação, o cumprimento das obrigações decorrentes, as diversas causas de extinção das obrigações, bem como a prescrição e a caducidade em função do tempo.

No caso, destaca-se as condições da emissão – responsáveis por estabelecer o estatuto das partes, definir as condições da sua subordinação e designar a lei aplicável. O § 12, nº 1, destas condições determina que “a forma e o conteúdo das obrigações, bem como todos os direitos e deveres dos portadores das obrigações e da emitente, são regulados pela lei alemã”⁶⁴.

O Tribunal de Comércio de Viena, de primeira instância, decidiu a causa sem se pronunciar sobre qual seria a lei aplicável, de modo que o Tribunal Regional Superior de Viena confirmou a decisão *a quo*, apenas referenciando que a proteção dos credores deveria ser apreciada à luz da lei que rege o estatuto, no caso, o direito das sociedades austríaco.

A fim de resolver este litígio, o Tribunal Supremo da Áustria questionou o Tribunal de Justiça da União Europeia sobre a lei aplicável ao caso, considerando que havia sido estabelecido como lei aplicável a lei alemã, que uma das empresas possuía sede em Chipre e que a sociedade que a incorporou possuía sede na Áustria. Questionou assim, ao Tribunal de Justiça da União Europeia, se as previsões contidas na Convenção de Roma deveriam ser

⁶² UNIÃO EUROPEIA. C- 396/13. Julgado em 18 de setembro de 2014. ECLI:EU:C:2014:2236.

⁶³ UNIÃO EUROPEIA. C-483/14. Julgado em 07 de abril de 2016. ECLI:EU:C:2016:205.

⁶⁴ UNIÃO EUROPEIA. C-483/14. Julgado em 07 de abril de 2016. ECLI:EU:C:2016:205.

interpretadas no sentido de que a cláusula que exclui o direito das sociedades abrange também operações como fusões e cisões, e a proteção dos credores no âmbito destas operações.

Na sua decisão, o Tribunal de Justiça da União Europeia reconheceu que antes da fusão entre as empresas, os contratos em causa estavam abrangidos pela Convenção de Roma, e as partes haviam escolhido, com base no artigo 3º, a lei alemã como a lei aplicável a estes contratos, definindo que esta lei permanece regulando os referidos contratos também após a fusão, de modo que seguem regulando a sua interpretação, o cumprimento das obrigações deles decorrentes e as suas causas de extinção, nos termos do artigo 10º.

De acordo com o Tribunal, “uma fusão por incorporação implica, portanto, que a sociedade incorporante adquire a sociedade incorporada na sua totalidade, sem extinção das obrigações que uma liquidação teria provocado, e implica a substituição, sem novação, da sociedade incorporada pela sociedade incorporante, como parte em todos os contratos celebrados pela primeira sociedade”. Dessa forma, “a lei que era aplicável a esses contratos antes da fusão continua a ser aplicável após a fusão”⁶⁵.

Neste caso, é respeitada a autonomia da vontade das partes, que livremente escolheram a lei alemã como a lei aplicável ao contrato, restando evidente que em uma eventual incorporação da empresa por outra, a lei aplicável continua sendo a mesma que era anteriormente prevista.

Diante da breve análise destes casos, é possível observar que o Tribunal de Justiça da União Europeia reconhece a autonomia da vontade, priorizando, sempre que possível, a vontade das partes. Esta autonomia da vontade no âmbito unional já ultrapassou a esfera obrigacional, atingindo áreas que esta liberdade era tradicionalmente rejeitada, como o direito de família e de sucessões. O direito internacional privado da União Europeia já consagrou o elemento de conexão autonomia da vontade, realidade que ainda parece distante do ordenamento jurídico brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho pretendeu analisar a autonomia da vontade no direito internacional privado, a partir da sua incidência no direito da União Europeia atualmente. A globalização incentivou as relações comerciais, inserindo o cidadão na esfera internacional, através da participação cada vez maior da pessoa nos contratos internacionais.

⁶⁵ UNIÃO EUROPEIA. C-483/14. Julgado em 07 de abril de 2016. ECLI:EU:C:2016:205.

Esta globalização reduziu fronteiras, reduziu barreiras comerciais que antes limitavam as transações internacionais, incentivando a liberdade contratual entre aqueles que negociavam internacionalmente. A autonomia da vontade enquanto elemento de conexão no direito internacional privado permite que as partes determinem a lei que será aplicada àquele contrato em um eventual litígio futuro.

Para que em um segundo momento fosse abordada especificamente a autonomia da vontade no direito internacional privado da União Europeia, buscou-se, inicialmente, introduzir a matéria, apresentando a situação atual deste elemento de conexão no direito brasileiro, que ainda se demonstra muito atrasado quando comparado ao direito dos seus principais parceiros comerciais. Alguns avanços no direito brasileiro já são visíveis, como a previsão de atualização do artigo 9º da LINDB contida no Projeto de Lei nº 281, e até mesmo a internacionalização da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias através do Decreto nº 8.327, que possui como princípio basilar a garantia da autonomia da vontade das partes.

Assim, a segunda parte do trabalho destinou-se especificamente à previsão da autonomia da vontade no direito internacional privado da União Europeia – que desde 1997 possui a competência para legislar a matéria. A incidência deste elemento de conexão pode ser observada nos regulamentos que disciplinam sobre a lei aplicável nas obrigações contratuais, como o regulamento Roma I, nas obrigações extracontratuais, como o regulamento Roma II, nas matérias de divórcio e de separação judicial, através do regulamento nº 1259, no direito sucessório, pelo regulamento nº 650, e ainda em matéria de regimes matrimoniais e em matéria de efeitos patrimoniais das parcerias registradas, através dos regulamentos nº 1103 e 1104, respectivamente.

A autonomia da vontade no direito internacional privado da União Europeia ultrapassa a esfera obrigacional e atinge áreas que até então não aceitavam este elemento de conexão. As decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia ratificam esta prevalência que se observa nas previsões normativas, reconhecendo a autonomia da vontade e destacando que a vontade das partes deve ser respeitada, sempre que possível – sendo necessário um certo cuidado quando envolver contratos desiguais, ou seja, que envolva uma parte que possua vulnerabilidade perante a outra.

Não há como negar, no entanto, que a autonomia da vontade é o elemento de conexão em destaque atualmente no direito internacional privado – não apenas em matéria de obrigações contratuais, como também em matéria de estatuto pessoal.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Nadia de. Uma visão econômica do direito internacional privado: contratos internacionais e autonomia da vontade. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas S.A. 2014, v. 1, p. 433-444.

ARAUJO, Nadia de. A necessária mudança do artigo 9º da LINDB: o avanço que faltava para a consagração da autonomia da vontade no DIPr brasileiro. In: RAMOS, André de Carvalho (Org.). *Direito Internacional Privado: questões controvertidas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 289-309.

BELTRAME DE MOURA, Aline. A marginalização do critério de conexão da nacionalidade em favor da residência habitual do indivíduo no direito internacional privado europeu. *Cuadernos ASADIP - Jóvenes Investigadores*. Argentina: ASADIP, primer semestre 2015. p. 13-30.

_____. O direito internacional privado entre a nacionalidade de Mancini e a cidadania da União Europeia. *Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI*. Itajaí, v.7, n.2, 2º quadrimestre de 2012. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica>

DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

HELWIGG, Guilherme Centauro. Limites à adoção da autonomia da vontade como princípio geral estruturante do direito internacional privado da União Europeia. In: JAEGER JUNIOR, Augusto (Org.). *Europeização da Parte Geral do Direito Internacional Privado: estudos sobre uma codificação do Direito Internacional Privado na União Europeia através de um Regulamento Roma Zero*. Porto Alegre: Editora RJR, 2016. p. 79-116.

IANNI, Octavio. *Teorias da globalização*. 5ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.

JAEGER JUNIOR, Augusto. *Europeização do Direito Internacional Privado: caráter universal da lei aplicável e outros contrastes com o ordenamento jurídico brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2012.

JAYME, Erik. Party Autonomy in International Family and Succession Law: new tendencies. *Yearbook of Private International Law*. Germany: European law publishers & Swiss Institute of Comparative Law, 2009.

LEIBLE, Stefan. La importancia de la autonomía conflictual para el futuro del derecho de los contratos internacionales. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. v. 3, nº 1. 2011. p. 214-233.

MOYA DOMINGUEZ, María Teresa del Rosario. *Derecho de la integración*. Buenos Aires: Ediar, 2006.

MORO, Federica. Observations sur la communautarisation du droit de la famille. *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*. Anno XLIII. Padova: CEDAM, 2007.

RIBEIRO, Elivan Rosas; TREIN, Franklin. O estágio atual da globalização do mercado mundial e sua repercussão na economia brasileira. In: SANTOS, Theotonio (Coord.);

MARTINS, Carlos Eduardo; SÁ, Fernanda; BRUCKMANN, Mónica. *Globalização e Integração das Américas*. Rio de Janeiro: PUC-Rio. São Paulo: Loyola, 2005.

RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito Internacional Privado: teoria e prática*. São Paulo: Saraiva, 2016.

RUHL, Gisela. *Party Autonomy in the Private International Law of Contracts: Transatlantic Convergence and Economic Efficiency*. CLP Research Paper 4/2007. v. 3. n. 1. 2007. p. 1-41.

SILVA, Karine de Souza. *Direito da comunidade europeia: fontes, princípios e procedimentos*. Ijuí: Unijuí, 2005.

STIGLITZ, Joseph E. *A globalização e seus malefícios*. Tradução: Bazán Tecnologia e Linguística. São Paulo: Futura, 2002.