

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

**REGULAMENTAÇÃO E SOLUÇÃO DE CONFLITOS
DO COMÉRCIO INTERNACIONAL**

MARCIA CARLA PEREIRA RIBEIRO

YNES DA SILVA FÉLIX

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais 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

R344

Regulamentação e solução de conflitos do comércio internacional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadoras: Marcia Carla Pereira Ribeiro, Ynes Da Silva Félix – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-370-2

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

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Solução de Conflitos. 4. Comércio Internacional. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA
REGULAMENTAÇÃO E SOLUÇÃO DE CONFLITOS DO COMÉRCIO
INTERNACIONAL

Apresentação

Os encontros acadêmicos estabelecem o ambiente perfeito para o exercício da importantíssima habilidade de renovarmos nossos conceitos jurídicos. Não só no que se refere ao exercício de interpretação das normas, como também na conformação de um espaço de reflexão sobre a eficiência dos sistemas e sobre o real papel a ser exercido pelo Direito diante das demandas da sociedade. Não por acaso, o tema geral escolhido para o CONGRESSO DO CONPEDI/2016 foi Cidadania e Desenvolvimento Sustentável: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito. Dentre os atores sociais é impossível não se destacar o papel da empresa para o almejado desenvolvimento com cidadania.

Por outro lado, são também as necessidades da sociedade contemporânea que nos levam a pensar os conceitos de soberania em cotejo com os avanços tecnológicos e as facilitações nas trocas internacionais, assim como nos induz a buscar sistemas de solução de controvérsias mais eficazes.

O XXV Congresso do CONPEDI foi recepcionado pelo Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. O Programa de Mestrado em Direito da UNICURITIBA foi criado em 2001. Sua área de concentração volta-se ao Direito Empresarial e Cidadania.

O grupo de trabalho que tivemos a honra de coordenar teve como temática a Regulamentação e Solução de Conflitos do Comércio Internacional, cumpriu com louvor sua função de discussão socializante e transformadora, reforçando a nossa crença em uma sociedade mais livre, consciente, solidária e, acima de tudo, justa.

Nesse livro, os 08 (oito) trabalhos apresentados desenvolveram análises sobre regulamentação e solução dos conflitos no contexto internacional e da globalização, e, como não poderia deixar de ser, todos os participantes contribuíram à principal função da academia que perpassa pelo interesse científico na consolidação de novas respostas aos desafios que nos são impostos na vida em sociedade.

Os desafios enfrentados pelos países em decorrência da globalização inspiraram a apresentação de trabalhos que enfrentaram o Abuso de direito na prática do treaty shopping:

review do caso Phillip Morris v. Austrália (venha ao sabor de aventura e liberdade. Venha. Terra de Marlboro); a realidade das empresas internacionais em face da jurisdição dos organismos internacionais e a possibilidade de normas uniformizadas no artigo Internalização do direito e a globalização: empresas transnacionais e os organismos internacionais responsáveis pela harmonização e convergências dos padrões contábeis na nova sociedade globalizada e no artigo CISG: um caminho para a uniformização, como também no trabalho Comércio internacional e desenvolvimento sustentável: reflexões sobre a regulamentação através das organizações internacionais.

Outras análises correlatas à globalização vem expressas no artigo A eficácia da arbitragem como meio de resolução de conflitos no âmbito do comércio internacional e no artigo Cláusula de eleição de foro em contratos internacionais: uma análise na perspectiva das empresas de pequeno porte e também na abordagem sobre Direitos autorais no mercado globalizado da música.

No artigo O compliance e a responsabilidade da empresa pelo ato de corrupção praticado foi abordada a recente promulgação da denominada Lei Anticorrupção e seus efeitos para a empresa.

A riqueza e a amplitude dos temas apresentados geraram frutos concretos e justificaram sobremaneira a importância e a necessidade de continuidade da pesquisa e dos debates científicos em prol da justiça.

É a partir de trabalhos como os trazidos pelos participantes deste XXV Congresso do CONPEDI que os diversos institutos jurídicos podem ser repensados, implementados e concretizados com eficiência, aprimorando também as diversas relações humanas.

Profa. Dra. Marcia Carla Pereira Ribeiro – UFPR e PUCPR

Profa. Dra. Ynes Da Silva Félix – UFMS

CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO EM CONTRATOS INTERNACIONAIS: UMA ANÁLISE NA PERSPECTIVA DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE

CLAUSE OF JURISDICTION IN INTERNATIONAL CONTRACTS ELECTION: AN ANALYSIS FROM THE PERSPECTIVE OF SMALL ENTERPRISES

Vinícius Luiz de Oliveira Faria

Resumo

O artigo investiga aspectos da cláusula de eleição de foro na perspectiva dos contratos internacionais considerando o contexto da globalização econômica e do pluralismo jurídico. Discute-se o alcance do princípio da autonomia da vontade frente o poder econômico das grandes empresas. Há duas tendências no direito internacional privado; aponta para uniformização da legislação, outra indica um direcionamento da resolução dos conflitos para centros de resoluções internacionais. Questiona-se a cláusula de eleição de foro em contratos internacionais, pode colidir com o princípio da igualdade na esfera das empresas de pequeno porte. A metodologia utilizada é a dialética crítica e bibliográfica.

Palavras-chave: Globalização, Pluralismo jurídico, Contratos internacionais, Cláusula de eleição de foro, Autonomia da vontade, Empresas de pequeno porte

Abstract/Resumen/Résumé

The article investigates aspects of the forum selection clause in the International Contracts perspective considering the context of Economic Globalization and legal pluralism. It discusses the range of the front of Will Autonomy Principle of the Economic Power of Large Companies. There are two trends without private international law; points paragraph standardization of legislation indicates Another hum direction of Conflict Resolution International paragraph resolutions Centers. Question is a forum selection clause in International Contracts, CAN clash with the Principle of Equality in the sphere of small companies Porte. The methodology used and the dialectic Critical and Bibliographic.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Globalization, Legal pluralism, International trade agreements, Forum selection clause, Freedom of choice, Small businesses

INTRODUÇÃO

No Brasil, até 2015, a cláusula de eleição de foro era admitida no âmbito dos contratos nacionais. Com a promulgação do Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), o legislador, no artigo 25, estendeu essa faculdade para a esfera dos contratos internacionais.

Com o fenômeno da globalização econômica, a regulação dos contratos internacionais adquiriu importância capital na economia e no plano do desenvolvimento nacional.

No plano internacional, a maioria dos países que o Brasil realiza transações comerciais já admite a inclusão de cláusula de eleição de foro nos contratos comerciais. O principal fundamento jurídico para adoção da cláusula de eleição do foro nos contratos internacionais é o princípio da autonomia da vontade. Em uma perspectiva econômica, os argumentos se baseiam na diminuição dos custos e na segurança jurídica.

Por outro lado, em se tratando de empresas de pequeno porte que comerciam internacionalmente, a igualdade e a liberdade no plano das negociações pode acabar relativizada caso não recebam uma proteção diferenciada, conforme assegura o artigo 170 inciso IX da Constituição Federal de 1988. É fato que as empresas melhor estruturadas e organizadas, com maior capacidade econômica e jurídica, tenderão a impor o foro e a lei que melhor atende seus interesses.

O presente artigo tem como objetivo analisar a mudança de entendimento sobre a cláusula de eleição de foro em contratos internacionais na perspectiva das empresas de pequeno porte brasileiras considerando o contexto da globalização econômica e do pluralismo jurídico. A questão que pretende investigar neste estudo é se a inclusão da cláusula de eleição de foro nos contratos internacionais, pode, em certo aspecto ferir o princípio da igualdade e afetar a atividade econômica das empresas brasileiras de médio e pequeno porte.

Parte-se da premissa a qual, com o advento da globalização econômica, organizações internacionais atuam politicamente na tentativa de uniformizar as regras do comércio internacional, e com isso, direcionar todos os conflitos para centros específicos de resoluções de litígios internacionais, regidos por um sistema alienígena baseado possivelmente na *commom law*.

Nesse sentido, cabe confrontar aspectos do princípio da autonomia da vontade e da igualdade no plano nas relações contratuais envolvendo as empresas brasileiras e as empresas estrangeiras.

Para o desenvolvimento do estudo, adota-se uma metodologia dialética e crítica que une os três momentos da análise e que justifica as considerações finais.

1. CONTRATOS INTERNACIONAIS, GLOBALIZAÇÃO E PLURALISMO JURÍDICO.

A globalização econômica e o pluralismo jurídico são fenômenos transnacionais que influenciaram e continuam a influenciar nas práticas comerciais das últimas décadas, em especial na modulação dos contratos internacionais e na dinâmica dos mercados mundiais.

Os contratos são o principal instrumento de transferência de riqueza na sociedade moderna. Em razão da impossibilidade da elaboração de uma definição objetiva sobre todos os elementos dos contratos internacionais, optou-se neste recorte, por traçar algumas características distintivas dos demais contratos nacionais, sem aprofundar demasiadamente o tema.

No plano nacional, basicamente, um contrato pode ser descrito como um acordo de vontades envolvendo agentes capazes; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; com forma prescrita ou não defesa em lei (artigo 104 do Código Civil 2002). Os contratos internacionais são aqueles que vinculam no mínimo dois sistemas jurídicos que não mantêm relação de sujeição entre si. Em certo aspecto é possível considerá-los uma manifestação concreta do fenômeno denominado pluralismo jurídico.

Um contrato, para ser considerado internacional deve estar atrelado à normas jurídicas de estados distintos. Em geral, essa conexão está relacionada a critérios de nacionalidade ou domicílio das partes; lugar de conclusão ou execução do contrato; localização do objeto pactuado (STRENGER, 1992, p. 79). A regulamentação acerca das regras de conexão em matéria de contratos internacionais está definida na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (12.376/2010). Cada Estado é soberano para definir e impor suas regras de conexão.

O contrato de comércio internacional, na forma como concebemos atualmente, vem sendo remodelado desde meados do século XIX. Até esse período, devido à precariedade dos meios de comunicação, as trocas eram realizadas diretamente entre produtor e comprador no

próprio porto, e internacional, de fato, era o transporte e a viagem das mercadorias (ARAÚJO, 2016, p. 383).

A existência de múltiplos ordenamentos jurídico em um mesmo espaço geopolítico conexos por confrontação, desarticulação e complementariedade são características do pluralismo jurídico. Um ambiente onde as normas se misturam em uma perspectiva de sobreposição, articulação, intersecção e interpenetração (FARIA, 1999, p. 150-155).

O pluralismo jurídico pode ser compreendido como prática autônoma de elaboração legal comunitária paralela a produção normativa estatal. Desde o mundo clássico antigo se constata a ocorrência desse fenômeno na sociedade. No contexto contemporâneo, independentemente da definição que lhe seja atribuída, seu núcleo conceptual é negar o Estado como fonte exclusiva de todo Direito. Em outra perspectiva, corresponde a uma visão interdisciplinar e antidogmática, que coloca os fundamentos éticos-sociológicos acima dos critérios tecnoformais do Direito estabelecidos pelo Estado (WOLKMER, 2001. p.184).

Na medida em que o poder das organizações/instituições internacionais aumenta, há um enfraquecimento do poder estatal. Segundo José Eduardo Faria (1999, p. 218) pluralismo e autonomia; fragmentação e harmonia; descentralização e auto regulação, são características básicas das instituições de direito do mundo globalizado.

Globalização é um fenômeno antigo relacionado às mudanças culturais, jurídicas e econômicas na sociedade. Um termo de significado plurívoco, o qual não é possível interpretar isoladamente, mas a partir de um conjunto de complexos processos interligados. Em certo aspecto, a globalização está associada a uma nova economia política das relações internacionais que aos poucos supriu o protagonismo do Estado. Uma transformação significativa na dimensão sócio econômica e na regulação político jurídica que conferiu papel principal às empresas privadas (FARIA, 1999, p. 59-62).

Entre os processos mais importantes da globalização, José Eduardo Faria (1999, p. 59) destaca:

(...) a crescente autonomia adquirida pela economia em relação à política; a emergência de novas estruturas decisórias operando em tempo real e com alcance planetário; as alterações em andamento nas condições de competitividade de empresas, setores, regiões, países e continentes; transformação do padrão de comércio internacional, deixando de ser basicamente inter-setorial e intrafirmas; a 'a desnacionalização' dos direitos, e desterritorialização das formas institucionais e descentralização das formas políticas do capitalismo; a uniformização e a padronização das práticas comerciais no plano mundial, a desregulamentação dos mercados de capitais, a interconexão dos sistemas financeiros e securitário em escala global, a relocação geográfica dos investimentos produtivos e a volatilidade dos

investimentos especulativos; a unificação dos espaços de reprodução social, a proliferação dos movimentos migratórios e as mudanças radicais ocorridas na divisão internacional do trabalho; e por fim, o aparecimento de uma estrutura político-econômica multipolar incorporando novas fontes de cooperação e conflito tanto no movimento do capital quanto no desenvolvimento do sistema mundial.

A globalização econômica consagrou os valores do capitalismo e da economia de mercado como norteadores da nova economia mundial. Entre as demandas desse novo mercado internacional está a uniformização de regras do direito internacional privado. O instrumento jurídico adequado para realizar essa harmonização das normas de direito internacional privado são os tratados internacionais (RECHSTEINER, 2012, p. 83).

Entre os assuntos mais debatidos pela doutrina nacional que estuda o direito internacional privado estão: o alcance da aplicação do princípio da autonomia da vontade e a inclusão da cláusula de eleição de foro nos contratos internacionais.

Nesse campo de discussão há argumentos em todos os sentidos, principalmente em favor da aplicação mais ampla do princípio da autonomia da vontade e da menor intervenção do Estado nas relações internacionais comerciais privadas.

Outro aspecto considerado e apontado pela corrente que defende a aplicação da autonomia da vontade no plano dos contratos internacionais de direito privado é o econômico. Para Nádia de Araújo (2014, p.7) em uma perspectiva econômica, a imprevisibilidade gera insegurança jurídica, e a regulamentação dos contratos internacionais permite que as partes contratantes possam antever eventuais custos dos litígios internacionais.

Com a promulgação do código de processo civil em 2015 (Lei 13.105/2015), os defensores do princípio da autonomia da vontade e da cláusula de eleição de foro para contratos internacionais, deram um passo importante no plano processual.

Se por um lado, a cláusula de eleição de foro representou uma conquista das empresas transnacionais (detentoras de capacidade jurídica e econômica para discutir aspectos contratuais com outras companhias em condições próximas de igualdade), por outro, na esfera das empresas de pequeno porte, significou uma perda de parcela do poder negocial e um aumento da vulnerabilidade face as grandes empresas que realizam transações internacionais

Em relação a esse aspecto, importante considerar os reflexos da autonomia da vontade e da admissão da cláusula de eleição de foro na perspectiva dos contratos internacionais envolvendo agentes de mercado com menor poder econômico, em especial as micro e pequenas empresas brasileiras.

Como a cláusula de eleição de foro garantirá a igualdade de condições na negociação para as empresas de médio e pequeno porte que realizam transações internacionais, mas não possuem condições de arcar com demandas internacionais? Considerando os custos de uma demanda em território estrangeiro, como a inclusão de cláusula de eleição de foro nos contratos internacionais poderia afetar a atividade dessas empresas? Os custos serão repassados ao consumidor? Quais os reflexos no valor do produto final? Esses são apenas alguns questionamentos que aprofundam a discussão.

As Micro e Pequenas Empresas no Brasil são responsáveis por 27% (vinte e sete por cento) do Produto Interno Bruto (PIB). Em uma perspectiva fragmentada, são as principais responsáveis pela riqueza gerada no comércio brasileiro, cerca de 53% (cinquenta e três por cento). Representam 22% (vinte e dois por cento) do PIB da indústria e 36% (trinta e seis por cento) do setor de serviços, ou seja, são peças fundamentais no processo desenvolvimentista brasileiro (SEBRAE 2014, p. 6).

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 170, inciso IV, garante tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras que tenham sua sede e administração no país. Com a globalização e a queda das barreiras transnacionais o volume de negociações (importações e exportações) aumentou demasiadamente, e com isso, as empresas nacionais passaram a realizar um grande volume de relações jurídicas por meio de contratos internacionais.

2. AUTONOMIA DA VONTADE E A CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO.

A discussão secular sobre a autonomia da vontade na perspectiva do direito internacional privado é um dos assuntos mais polêmicos já enfrentado pela doutrina jurídica. Com a globalização econômica e os reflexos do pluralismo jurídico no novo modelo de economia mundo, a liberdade de escolher ganha espaço no campo do direito contratual. O Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), contrariando a tradição nacional territorialista, adotou essa nova perspectiva mais liberal, em atendimento a dinâmica dos mercados internacionais, obstinados pela uniformização do direito internacional privado em matéria contratual.

A possibilidade de escolher a lei aplicável aos contratos surgiu na França, por volta do século XVI, a partir da tese do jurista Charles Dumolin. Nesse período, em que as leis não

estavam codificadas, as províncias interpretavam outras legislações como estrangeiras. O primeiro caso que o jurista francês apresentou sua teoria sobre o princípio da autonomia da vontade foi num parecer que tratava dum caso de aplicação da lei ao regime matrimonial do casamento (ARAUJO,2000 p. 47-48). Desde então, a autonomia da vontade passou a ser estudada como teoria, princípio e instituto específico de direito internacional privado. Na França a aplicação do princípio da autonomia da vontade sofreu resistência até sua entrada em vigor definitiva na esfera dos contratos internacionais no ano de 1991 (ARAUJO,2000 p. 57).

Um dos juristas mais influentes para o desenvolvimento da teoria da autonomia da vontade a partir do século XIX foi o alemão Carl Friedrich Von Savigny. Suas teorias que abordavam a autoridade das regras sobre a relação jurídica no espaço e no tempo surgiram em 1849, e tinham como pano de fundo o direito romano. Partindo de uma perspectiva histórica, mencionava o exemplo do direito germânico se sobrepondo ao direito romano na antiguidade. Na modernidade, concluiu que a delimitação territorial estabelecida pelas legislações eram o centro do problema. Propondo um novo modo de interpretação baseado na identificação do local da relação jurídica, inaugurou a ideia de “sede” da relação jurídica (SAMTLEBEN, 1985, p. 264 - 267).

De acordo com Jürgen Samtleben (1985, p. 265- 266), para Savigny, no plano contratual, o lugar que a obrigação deve ser cumprida define o foro competente. Caso as partes nada tivessem estipulado no contrato, ou não fosse possível identificar o local a partir da natureza da obrigação, o lugar da execução seria definido subsidiariamente:

(...) pelo centro da atividade do devedor ou pelo seu domicílio se nele se celebrou o contrato, pelo lugar da celebração do contrato fora do domicílio do devedor se pelas circunstâncias neste lugar deveria ser cumprido, e ultimamente pelo domicílio atual do devedor. Por estes mesmos lugares determina-se o direito aplicável a cada obrigação.

Em relação a autonomia da vontade coube a Savigny explorar em suas teorias se era possível que as partes elegessem o direito a ser aplicável e conseqüentemente o local da obrigação. Suas teses possibilitaram diferentes interpretações. A mais restrita considerou possível eleger somente o lugar da execução do contrato, porém conseqüentemente se submeteriam a legislação aplicável. Nesse caso, a possibilidade de afastar o conteúdo da lei deveria estar prevista na própria lei. Conforme essa interpretação as partes elegem indiretamente a legislação na qual a autonomia da vontade será reconhecida. Esse

entendimento refletiu significativamente na doutrina do direito privado latino-americano (SAMTLEBEN, 1985, p. 266 - 267).

Uma segunda interpretação, que se disseminou pela doutrina europeia e posteriormente por todo direito internacional privado, propôs uma visão mais ampla da autonomia da vontade que facultava aos contratantes “eleger diretamente o direito territorial aplicável como parte integrante do próprio contrato, seja ela ou não a lei do lugar da execução do contrato” (SAMTLEBEN, 1985, p. 266 - 267).

No Brasil, Pimenta Bueno é o primeiro e único autor a escrever uma obra específica sobre Direito Internacional Privado no século XIX. Defensor da doutrina francesa, adota o princípio da lei do local onde ato deve ser executado como critério de conexão em matéria contratual se posicionando criticamente em relação ao livre arbítrio das partes para clausular (ARAUJO, 2000. p.84 -86).

Entre 1860 e 1865, influenciado pelas ideias de Savigny, Teixeira de Freitas publica sua obra Esboço de Código Civil valorizando a importância da autonomia da vontade no plano do direito internacional privado. Embora suas teses não tenham se convertido em lei, devido à resistência da doutrina em abandonar a tradição territorialista, a importância do seu pensamento para a teoria da autonomia da vontade foi capital, pois inaugurou a corrente que considerava a ampliação do princípio na esfera internacional (SAMTLEBEN, 1985, p. 263 - 274).

No Brasil, vários autores têm tratado sobre a questão da autonomia da vontade para escolha da lei desde meados dos anos 60 (sessenta), formando três correntes de pensamento. Uma corrente contrária a aplicação do princípio da autonomia da vontade, inaugurada por Pimenta Bueno e posteriormente levada a frente por Pontes de Miranda e Amílcar de Castro. Posicionando-se de forma moderada, Clovis Bevilacqua inicia o pensamento que acolhe a aplicação da autonomia limitada às regras supletivas. Essa corrente é posteriormente retomada por Rodrigo Otávio e Machado Villela. Teixeira de Freitas inaugura o posicionamento favorável a aplicação ampla da autonomia da vontade, que posteriormente é encabeçado por Haroldo Valadão (ARAUJO, 2000. p.108).

Na opinião de Irineu Strenger (1992, p. 113-114), em que pese a ampla receptividade do princípio da autonomia da vontade, seu alcance não é ilimitado. Os limitadores da vontade das partes são as regras de ordem pública e as leis imperativas internas do território onde o contrato deve ser executado.

Oportuno distinguir escolha de lei aplicável aos contratos internacionais da escolha de foro para dirimir litígios internacionais. A diferença entre norma material (de caráter imperativo) e norma processual (de caráter secundário) é importante para compreensão do tema.

Sobre a determinação da lei aplicável ao contrato, a autonomia da vontade fundamenta a modificação de um elemento de conexão, ou seja, trata com regras de ordem pública e imperativas, dispostas na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (12.376/2010).

Sobre a diferença entre lei e foro nos contratos internacionais, José Inácio Gonzaga Franceschini (2002, p. 69) elucida a questão:

Pode-se afirmar, em resumo, que no sistema jurídico brasileiro a determinação da competência judiciária nos contratos internacionais não tem qualquer influência na verificação da competência legislativa e vice-versa, não havendo confundir jurisdição competente com lei aplicável. Assim sendo, e como consequência dessa conclusão, temos que, não admitindo o Direito brasileiro que uma cláusula de eleição implique automática ou indiciária aplicabilidade da *lex fori* para reger um determinado contrato, os tribunais estrangeiros não devem interferir pela eleição dos tribunais brasileiros (ou de arbitragem no Brasil) para dirimir questões de um acordo tiveram as partes a intenção de eleger a lei brasileira como a lei aplicável à avença.

Não é possível acolher o a autonomia da vontade como elemento de conexão (para escolher a lei aplicável) no Brasil pela interpretação do artigo 9.º da Lei de Introdução ao Código Civil. A regra é de caráter imperativo, submetendo-se apenas as normas de ordem pública, sem qualquer margem para convenção dos contratantes. A autonomia da vontade só pode ser alterada, caso seja admitida, nas disposições supletivas e facultativas. Nesse sentido, não se confunde com a liberdade contratual (FRANCESCHINI, 2002, p. 114).

A discordância da doutrina sobre a eleição do foro nos contratos internacionais reclamava uma posição do Superior Tribunal de Justiça. Até 2015 o tribunal se manteve contrário a eleição do foro sustentando que as regras imperativas de competência internacional não poderiam ser derogadas pelas partes (ARAUJO, 2016. p.193).

Com a chegada do código de processo civil (Lei 13.105/2015), o artigo 25, inspirado na Convenção de Haia sobre Acordos de Eleição de Foro, resolveu a questão referente a eleição do foro dos contratos internacionais. Nesse dispositivo, o legislador manifesta expressamente a mudança do entendimento sobre esse instituto de direito processual internacional (ARAUJO, 2016. p.180-191).

A finalidade da cláusula de eleição é fixar o órgão jurisdicional que mediará eventual controversa entre as partes. Esse instituto resolve problemas referente ao conflito de competência e não pode ser confundido com o poder da jurisdição, função exclusiva da soberania estatal (DE NARDI, 2002, p. 127). Em relação a extensão da jurisdição a partir da soberania dos Estados, Chiovenda (2000, p. 45):

No concernente à lei estrangeira, releva observar que todo Estado tem o dever de reconhecer os demais como soberanos nos limites de seus respectivos territórios; em obediência a esse genérico dever internacional, todo Estado civil, ainda que em medida diversa, reconhece a atividade desenvolvida pelos outros Estados, no exercício de sua soberania, sem detrimento da própria. Com esse fim, o Estado expede atos de vontade própria, cujo conteúdo esteja em conformidade com os atos de vontade do Estado estrangeiro.

Embora intrinsecamente ligados, a escolha do foro e da lei são negócios jurídicos distinto. Nesse sentido é possível considerar dois planos de liberdade. Um referente a lei aplicável ao contrato, em âmbito material, que garante a liberdade de contratar e a autonomia da vontade das partes; sua eficácia depende do acolhimento dos sistemas jurídicos envolvidos. Outra é o da liberdade processual, destinada a escolha de órgão julgador para examinar eventual litígio. Nessa perspectiva é um ato privado que garante maior previsibilidade e segurança aos contratantes (DE NARDI, 2002, p. 127-129).

Para Nádia de Araújo (2016. p.181-182) a cláusula de eleição de foro tem ampla aceitação internacional e se converteu necessária devido inexistência de uniformidade das regras de direito internacional e da segurança jurídica “ Os contratos internacionais com tal cláusula gozarão da mesma segurança jurídica desfrutada pelos contratos que optaram pela arbitragem internacional, na qual essa escolha já era plenamente aceita”. Na opinião de José Eduardo Faria a globalização ofuscou as demarcações entre o interno e externo e “Tornou crescentemente ineficazes as normas e os mecanismos processuais tradicionalmente utilizados pelo direito positivo para dirimi-los” (FARIA,1999, p. 7).

A cláusula de eleição de foro, para ser válida, e evitar que seja interpretada como mera obrigação de fazer, deverá estar expressa no acordo com caráter de exclusividade (ARAÚJO, 2016. p. 192).

Algumas das mais importantes transformações econômicas, sociais, políticas e culturais que o mundo moderno alcançou foram graças ao processo multicultural proporcionado pela globalização. Por outro lado, a regulação nacional não acompanhou o

aumento no volume de transações internacionais e os possíveis efeitos colaterais das novas técnicas comerciais nos países em desenvolvimento como o Brasil.

2. A ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL, EMPRESAS DE PEQUENO PORTE E IGUALDADE

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 170, trata dos princípios e diretrizes gerais da ordem econômica e financeira nacional, fundada na valorização do trabalho humano, na livre iniciativa, na dignidade da pessoa humana e na justiça social.

Para Eros Roberto Grau (2003, p. 49–61) a ordem econômica pode ser interpretada como parcela da ordem jurídica, a qual engloba ainda a ordem pública, privada, social. Um “conjunto de normas que define, institucionalmente, um determinado modo de produção econômica. Ordem econômica, parcela da ordem jurídica (mundo do dever-se), não é senão o conjunto de normas que institucionalizam uma determinada ordem econômica (mundo do ser)”

A fenômeno da globalização provocou a desconcentração, descentralização e fragmentação do poder dos Estados abrindo caminho para novas estruturas geopolíticas influenciarem nos fluxos mercantis mundiais (FARIA, 1999, p. 7).

A atividade empresarial, um dos pilares da economia estatal e da ordem econômica, compreende não só grandes empresas, mas também empresas de pequeno porte. Para salvaguardar e proteger atividade econômica das micro e pequenas empresas, a Constituição Federal, em seu artigo 170 inciso IX, assegura tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob a lei brasileira e que tenham sua sede e administração no País. Uma das interpretações possíveis para esse princípio constitucional é não permitir que as grandes empresas inviabilizem o funcionamento das pequenas empresas.

Na opinião de Bagnoli (2008, p. 68) esse princípio pode ser interpretado:

(...) como forma do Estado de intervir na liberdade econômica, privilegiando o empresário que está disposto a investir no desenvolvimento econômico de sua região e viabilizar o pleno emprego. Por outro lado, o tratamento diferenciado pode ser interpretado como uma forma do Estado nivelar o campo de jogo (*the level playing field*), para assegurar condições mínimas ao pequeno estabelecimento empresarial de competir no mercado com concorrentes maiores e mais aptos à disputa.

Na opinião de Eros Roberto Grau (2003, p. 138–222) esse preceito constitucional não se trata de uma diretriz ou norma objetivo, mas de um princípio constitucional impositivo “nos quais se subsumem-se todos os princípios que no âmbito da constituição dirigente impõe aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislador, a realização de fins e execução de tarefas”.

No Brasil, as empresas de micro e pequeno porte são classificadas com base na receita anual aferida de até 3.6000.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais). Outra classificação que pode ser adotada para analisar os níveis de emprego proporcionados por essas empresas se baseia no número de ocupantes. Esse critério considera como microempresa aquelas que atuam no setor de serviço e comércio ocupadas por até 09 (nove) pessoas, e no setor da indústria ocupadas por até 19 (dezenove) pessoas. A pequena empresa, segundo essa classificação, no setor de serviços e comércio, é ocupada por até 49 (quarenta e nove) pessoas e na indústria por até 99 (noventa e nove) pessoas. As empresas consideradas médias são aqueles que no setor de serviços e comércio são ocupadas por até 99 (noventa e nove) pessoas e na esfera industrial por até 500 (quinhentas) pessoas (SEBRAE,2014, p. 23).

A curto prazo, possivelmente, a inclusão de cláusula de eleição de foro nos contratos internacionais possa não afetar significativamente a atividade econômica das médias, pequenas e microempresas, contudo, a longo prazo, com o aumento da utilização dessa via, presume-se que as empresas internacionais com maior poder econômico tenderão a impor unilateralmente a escolha do foro, sem permitir de fato, uma negociação em igualdade de condições.

Nádia de Araújo (2014, 7-8) expõe essa tendência de direcionamento de litígios para centros específicos:

No momento de fazer essa escolha, as partes podem levar em consideração características especiais de um determinado direito. Se este for mais flexível, ou mesmo mais adequado às transações comerciais, chega-se a uma solução mais eficiente em caso de litígio. Por exemplo, nos Estados Unidos, onde essas regras são de caráter estadual, a maioria dos contratos de financiamento contém cláusula de lei aplicável de Nova Iorque, já que a legislação desse Estado sempre teve a preocupação de adequar-se às necessidades do comércio e transformar Nova Iorque na capital dos negócios, com a adequada legislação

Partindo da polarização de desigualdades existentes entre países do Norte e Sul, Boaventura de Souza Santos (1999, p. 291) indica entre os efeitos da globalização econômica: a erosão da eficácia do Estado na gestão macroeconômica. Nesse sentido, parte da perda da

soberania estatal resultou da desregulação dos mercados financeiros e da revolução das comunicações; paralelamente, o poder das empresas multinacionais aumentou de modo a torná-las com capacidade de intervenção global, dotadas de um poder econômico supranacional:

Por um lado, as multinacionais, dotadas de um poder de intervenção global e se beneficiando da mobilidade crescente dos processos de produção podem facilmente pôr em concorrência dois ou mais Estados ou duas ou mais regiões dentro de um mesmo Estado sobre as condições que decidirão da localização do investimento por parte da empresa multinacional. Entre as partes com poder tão desigual – actores globais, por um lado, e actores nacionais ou subnacionais por outro – a negociação não pode deixar de ser desigual.

A igualdade no plano da negociação internacional parece utópica na perspectiva das empresas de pequeno porte. Mesmas as empresas classificadas como médias, não abrangidas pelo artigo 170, IX da Constituição Federal de 1988 podem não possuir capacidade econômica e jurídica de fato para negociar em condições de igualdade com seus fornecedores e parceiros internacionais. Não seria nenhuma novidade afirmar que o custo e a complexidade de se litigar em um sistema alienígena serão repassados ao consumidor final. Em que medida o litígio internacional pode vir a inviabilizar a atividade das empresas de pequeno porte é algo que só poderá ser verificado a longo prazo.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2003, p. 9-11) assinala que o princípio da isonomia não está adstrito a nivelção do cidadão perante a lei, mas alcança também o plano de atuação do aplicador e do legislador do direito. (Igualdade na lei e igualdade perante a lei). Tomando a premissa aristotélica de tratamento igual para os iguais e desigual para os desiguais como ponto de partida, questiona quem seriam os iguais e quem seriam os desiguais:

(...) qual o critério legitimamente manipulável – sem agravos à isonomia – que autoriza distinguir pessoas e situações em grupos apartados para fins de tratamento jurídico diverso? Afinal, que espécie de igualdade veda e que tipo de desigualdade faculta a discriminação de situações e de pessoas, sem quebra e agressão aos objetivos transfundidos no princípio constitucional da isonomia? (...) Como as leis nada mais fazem senão discriminar situações para submetê-las à regência de tais ou quais regras – sendo esta mesma sua característica funcional – é preciso indagar quais as discriminações juridicamente intoleráveis

A liberdade contratual compreende a possibilidade de contratar ou abster-se de contratar; de escolher com qual parceiro contratar; de fixar limites e conteúdo das obrigações contando com a proteção do direito. A concepção tradicional pressupõe um contrato paritário no qual dois parceiros se colocam em posição de igualdade para discutir cláusula a cláusula (MARQUES, 1998, p. 45-49)

Com efeito, a realidade da nova sociedade de massa não é essa. Tanto o Estado como as empresas que se destacam pelo poder econômico utilizam de contratos homogêneos, garantidores de praticidade, segurança e economia (massificação das relações contratuais). Esses modelos redigidos antecipadamente e unilateralmente fornecem um esquema para adesão do contratante. Alguns consideram esse fenômeno um poder paralelo de legislar e regular contratos em caráter privado, reconhecido pelo direito, com força para desequilibrar a sociedade e segregá-la entre aqueles que detém a capacidade econômica para ditar as regras, e aqueles que as aderem. (MARQUES, 1998, p. 49-50).

Na sociedade industrializada a disseminação dessa prática pelas empresas que possuem superioridade econômica é crescente desde o século XIX, em especial nos contratos de seguro e de transporte (MARQUES, 1998, p. 50).

Frente as empresas multinacionais, as empresas de pequeno porte não possuem poder de negociação. Sob esse aspecto é possível cogitar um tratamento diferenciado baseado na vulnerabilidade estabelecida a partir dessas relações jurídicas. Embora a vulnerabilidade seja instituto comumente aplicável na seara consumerista, no caso dos contratos internacionais que contenham cláusula de eleição de foro direcionando o litígio para um sistema alienígena, é razoável considerar analogamente esses institutos para salvaguardar o direito constitucional daquele com menor capacidade jurídica e econômica.

Na esfera da legislação consumerista, Cláudia Lima Marques (2013, p.94) explica “As exceções, sempre nessa visão teleológica, devem ser estudadas pelo Judiciário, reconhecendo a vulnerabilidade de uma pequena empresa ou profissional que adquiriu, uma vez que a vulnerabilidade pode ser fática, econômica, jurídica e informacional”.

A vulnerabilidade é uma situação individual ou coletiva, provisória ou permanente que coloca uma das partes em situação/estado de fragilidade demonstrando necessidade de proteção. A doutrina e a jurisprudência têm reconhecido quatro espécies de vulnerabilidade, a técnica, a jurídica, a fática, e a informacional (MARQUES, 2013, p.97-99).

De acordo com Cláudia Lima Marques a doutrina e a jurisprudência consideram uma outra espécie de vulnerabilidade no plano das relações interempresariais que decorre da relação de dependência de uma das partes face a outra. Nesses casos tem sido legítimo mitigar a teoria finalista e autorizar a equiparação de pessoa jurídica compradora à condição de consumidora com base na Lei 8.078/1990. Nesse sentido (REsp. 1195642/RJ, j. 13. 11. 2012, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 21.11.2012) (MARQUES, 2013, p. 99).

Celso Antônio Bandeira de Mello (2003, p.43) aponta aspectos da desigualdade no plano das grandes empresas e empresas de pequeno:

Assim, poder-se-ia demonstrar a existência de supedâneo racional, a dizer, nexó lógico, em desequiparação entre grandes grupos empresariais e empresas de porte médio, de sorte a configurar situação detrimetosa para estas últimas e privilegiada para os primeiros, aos quais se outorgariam, por exemplo, favores fiscais sob o fundamento de que graças a concentração de capital operam com maior nível de produtividade, ensejando desenvolvimento econômico realizado com menores desperdícios. A distinção estaria apoiada entre real diferença entre uns e outras. Demais disso, existiria, no caso, um critério lógico suscetível de ser invocado, não se podendo falar em discrimen aleatório. Sem embargo a desequiparação em pauta seria ofensivo ao preceito isonômico por adversar um valor constitucionalmente prestigiado e prestigiar um elemento constitucionalmente desvalorado.

Em pesquisa realizada pelo Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (2019-2011) fica claro a contribuição dessas empresas para geração de renda e emprego:

No Setor de Serviços as MPE – geraram 36,3% do total do valor adicionado do setor; representavam 98,1% do número de empresas; empregaram 43,5% dos trabalhadores; e, pagaram 27,8% das remunerações de empregados no período; No setor de Comércio as MPE – geraram 53,4% do total do valor adicionado do setor, representavam 99,2% do número de empresas; empregaram 69,5% do pessoal ocupado no setor no período; 49,7% das remunerações dos empregados do setor no período; No Setor Industrial as MPE – geraram 22,5% do valor adicionado do setor; representavam 95,5% do número de empresas; empregaram 42% do pessoal ocupado no setor; e pagaram 25,7% das remunerações de empregados no período (SEBRAE, 2014, p. 55).

Se de fato a utilização da cláusula de eleição de foro nos contratos internacionais tornar-se comum, esses dados são relevantes para um amparo jurídico especial às Micro e Pequenas empresas mantenedoras de contratos internacionais. A participação dessas empresas na economia é fundamental para o desenvolvimento. Custos adicionais podem representar diminuição da produção e aumento do desemprego. Mesmo as empresas de médio porte

podem vir a ter dificuldade em se adaptar a essa nova tendência uma vez que o litígio possivelmente será resolvido num sistema *common law*. É nesse sentido que se justifica alguma medida protetiva ao interesse dessas empresas nos termos do artigo 170, inciso IX da Constituição Federal frente aos interesses do mercado internacional.

Para Amartya Sen (2011, p.145-147) “Existem muitas pessoas cujos interesses são bem atendidos por um funcionamento desimpedido do mercado, porém há grupos cujos interesses estabelecidos podem ser prejudiciais para o seu funcionamento”. Nesse sentido, a influência dos mercados na economia está restrita ao que lhes é permitido fazer. A luta contra esses grupos (economicamente mais fortes e organizados) deve ocorrer em duas linhas, uma de resistência, em relação aos que buscam os lucros cativos, outra de confronto crítico aos seus argumentos intelectuais tomados como objetos para uma investigação apropriada.

A discussão pública crítica é fundamental para investigação do papel e do alcance dos mercados. Mesmo Adam Smith, um dos fundadores do liberalismo, estudou restrições específicas que pudessem ser propostas com sensatez para melhorar o mercado. Para ele os interesses dos comerciantes serão sempre em alguma medida distintos do interesse público, por isso qualquer proposta de lei que provenha dessa classe deve ser ouvida com atenção e cautela, e ser adotada somente após um longo e minucioso exame. O desenvolvimento reclama uma abordagem múltipla pela necessidade de se estabelecer uma um equilíbrio entre o papel do governo e o funcionamento dos mercados (SEN, 2011. p. 147-151).

Nas palavras de Boaventura de Souza Santos (1999, p.330) “ Não há primitivos nem subdesenvolvidos, há, sim, opressores e oprimidos”.

Com a globalização econômica, o poder dos mercados, em certo aspecto, se tornou incontrolável, e o poder do Estado, enfraqueceu significativamente. No plano do direito internacional, o conceito fundamental de soberania nunca se apresentou de forma tão frágil e relativizado. Os rumos do comércio internacional são ditados por empresas multinacionais e organismos internacionais que não se preocupam com os reflexos na atividade econômica dos países em desenvolvimento, como é o caso do Brasil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo desse estudo foi investigar como a cláusula de eleição de foro nos contratos internacionais poderia afetar a atividade das empresas de pequeno porte. Partimos

da premissa que organizações internacionais buscam uniformizar as regras de direito internacional e centralizar os litígios em foros específicos. Analisou-se o tema no plano do direito nacional, na perspectiva da globalização conjugada com pluralismo jurídico.

A curto prazo não, é possível afirmar quais serão os reflexos da possibilidade de inclusão de cláusula da eleição de foro nos contratos internacionais nas empresas brasileiras de pequeno porte (se serão mais efeitos positivos do que negativos) em razão da recente promulgação do Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015). Por outro lado, o que se pode supor em um primeiro momento, é que qualquer custo adicional de eventuais demandas no exterior será repassado ao consumidor, pela lógica do mercado capitalista. Devido a importância dessas empresas para a economia nacional, também não há dúvidas que qualquer sacrifício aumentará o desemprego.

Em relação a possível desigualdade entre os contratantes, a luz do artigo 170 inciso IX da Constituição Federal de 1988, imperioso medidas protetivas de governo que busquem igualar condições de negociação entre multinacionais e empresas de pequeno porte.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Nádia de. **Contratos internacionais: autonomia da Vontade, Mercosul e convenções internacionais**. 2^a. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ARAÚJO, Nádia de. **Direito Internacional Privado: Teoria e Prática**. Porto Alegre: Revolução eBook, 2016.

ARAÚJO, Nádia de. **Uma visão econômica do direito internacional privado: contratos internacionais e autonomia da vontade**. 2014. Disponível em: <http://nadiadearaujo.com/contratos-internacionais/> Acesso em 05/09/2016.

BAGNOLI, Vicente. **Direito Econômico**. 3.^a ed. São Paulo: Atlas, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3.^a ed. São Paulo: Malheiros, atual. São Paulo: Malheiros. 2003.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5^a. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. II. 2.^a ed. Campinas: Bookseller, 2000.

DE NARDI, Marcelo. **A Lei e o Foro de Eleição em Contratos Internacionais: Uma Visão Brasileira**, in *Contratos Internacionais*. 3.^a ed. coord. João Grandino Rodas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. São Paulo: Malheiros, 1999.

FRANCESCHINI, José Luiz Gonzaga. **A Lei e o Foro de Eleição em Tema de Contratos Internacionais**, in *Contratos Internacionais*. 3.^a ed. coord. João Grandino Rodas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. 8.^a ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 3.^a. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito Internacional Privado: teoria e prática**. 15.^aed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

SAMTLEBEN, Jürgen. **Teixeira de Freitas e a Autonomia das Partes no Direito Internacional Privado Latino Americano**, in *Revista de Informação Legislativa*, a.22, n.85, 1985. Disponível em:

<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67015/69625.%20Acessado%20em%2010.05.2014>. Acesso em 10/09/2016.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela Mão de Alice**. O Social e o Político na Pós-Modernidade. 7.^aed. São Paulo: Cortez, 1999.

SEBRAE (Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas) **Participação das Micro e Pequenas Empresas na Economia Brasileira**. 2014. Disponível em: http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/estudos_pesquisas/conjunturaeconomicadestaqu e10,0a080b91762b3410VgnVCM1000003b74010aRCRD. Acesso em 10/09/2016.

SEM, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

STRENGER, Irineu. **Contratos Internacionais do Comércio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova cultura do Direito**. 3.^a ed. rev. e atual. São Paulo: Alfa Omega, 2001.