

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

COORDENADORIA GERAL DE ESPECIALIZAÇÃO E  
APERFEIÇOAMENTO E EXTENSÃO

YARA BOSQUERO PIACENTIN GENNARI

FONTES DOS CONTRATOS INTERNACIONAIS DO  
COMÉRCIO

SÃO PAULO

2010

YARA BOSQUERO PIACENTIN GENNARI

## FONTES DOS CONTRATOS INTERNACIONAIS DO COMÉRCIO

Trabalho de conclusão de curso, apresentada como exigência para a obtenção do Título de Especialista em Direito Internacional, ao Programa de Pós-Graduação em Direito Internacional, da Coordenadoria Geral de Especialização e Aperfeiçoamento e Extensão, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Brancher

PUC-SÃO PAULO

2010

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo  
Coordenadoria Geral de Especialização e Aperfeiçoamento e Extensão

Autor: GENNARI, Yara Bosquero Piacentin

Título: Fontes dos Contratos Internacionais do Comércio.

Trabalho de conclusão de curso em Direito Internacional.

BANCA EXAMINADORA

Presidente e Orientador Prof. Dr. Paulo Brancher.

1º Examinador Prof.(a) Dr.(a) .....

2º Examinador Prof.(a) Dr.(a) .....

São Paulo, de de 2010.

“Se alguém tem um débito a juros, e uma tempestade devasta o campo ou destrói a colheita, ou por falta de d’água não cresce o trigo no campo, ele não deverá, nesse ano, dar o trigo ao credor, deverá modificar sua tábuca de contrato e não pagar juros por esse ano”.

Código de Hamurabi – Lei 48.

## RESUMO

GENNARI, Yara Bosquero Piacentin. Fontes dos Contratos Internacionais do Comércio. Trabalho de Conclusão de Curso de Especialização em Direito Internacional – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, da Coordenadoria Geral de Especialização e Aperfeiçoamento e Extensão, São Paulo, 2010.

O presente trabalho tem como objetivo analisar as principais fontes dos contratos internacionais do comércio no âmbito mundial, identificando-se as possíveis definições dos contratos internacionais do comércio, a classificação de elementos de conexão, a influência histórico-cultural existente nos principais sistemas legais da atualidade e, principalmente, realizar algumas distinções existentes entre os tratados em análise. Busca-se destacar alguns dos possíveis benefícios existentes nas atuais fontes internacionais e, também, eventual aplicação dos institutos no âmbito nacional, sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro.

**Palavras-chave:** Contrato internacional do comércio. Sistemas legais. Convenção das Nações Unidas. Convenção Interamericana. Bustamante. Convenção de Roma. Roma I. *Lex Mercatoria*. *Unidroit*.

## ABSTRACT

GENNARI, Yara Bosquero Piacentin. *Source for the International Commercial Agreements. Thesis (Specialist in International Law)*. – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, da Coordenadoria Geral de Especialização e Aperfeiçoamento e Extensão, São Paulo, 2010.

*The objective of this thesis is to analyze the main sources for the international commercial agreement in the world ambit, identifying the possible definitions for the international commercial agreements, the connection elements, the historical and cultural influences applicable to the current and main legal systems and, mainly, realize some distinctions existing among the treaties under analysis. It recognizes some possible benefits connected to the application of certain existing treaty and, also, eventual application of each institute in the national scenario, under the Brazilian legislation.*

*Keywords: International commercial agreements. Legal system. United nation Convention. Inter-American Convention. Bustamante. Rome Convention. Rome I. Lex mercatoria. Unidroit.*

## SUMÁRIO

|  |                                      |
|--|--------------------------------------|
| 1.Introdução .....   | 9                                    |
| 2.Contratos Internacionais .....   | 10                                   |
| 2.1.Conceito .....   | 10                                   |
| 2.2. Elementos Caracterizadores .....  | 14                                   |
| 3.Principais sistemas legais no mundo .....  | <b>Erro! Indicador não definido.</b> |
| 3.1.Sistema da Codificação Civil.....  | <b>Erro! Indicador não definido.</b> |
| 3.2.Sistema do Common Law .....  | <b>Erro! Indicador não definido.</b> |
| 3.3.Sistema das legislações islâmicas .....  | 20                                   |
| 3.4.Sistema Japonês.....   | 23                                   |
| 3.5.Legislação Chinesa .....   | 24                                   |
| 3.6.Legislação Russa.....  | 26                                   |
| 4.Elementos de Conexão .....   | <b>Erro! Indicador não definido.</b> |
| 5.Autonomia da Vontade.....  | 32                                   |
| 6.Fontes dos Contratos Internacionais do Comércio .....  | 36                                   |
| 6.1. Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias..... | <b>Erro! Indicador não definido.</b> |
| 6.1.1. Da Aplicação da Convenção.....  | <b>Erro! Indicador não definido.</b> |
| 6.1.2. Da Recusa das Partes .....  | 41                                   |
| 6.1.3. Do Estabelecimento .....  | 42                                   |
| 6.1.4. Do Objeto da Convenção.....   | 44                                   |
| 6.1.5. Da Interpretação .....  | 44                                   |
| 6.1.2. Da Forma do Contrato .....  | 46                                   |
| 6.1.2. Da Formação do Contrato.....  | 47                                   |
| 6.1.8. Do Contrato.....  | 50                                   |
| 6.1.8.1. Obrigações do Vendedor .....  | 50                                   |
| 6.1.8.1.1. Conformidade.....   | 53                                   |
| 6.1.8.2. Obrigações do Comprador .....   | 54                                   |
| 6.1.9. Transmissão do Risco.....   | 56                                   |
| 6.1.10. Resolução Contratual.....  | 58                                   |
| 6.1.11. Consequencias da Resolução.....  | 60                                   |
| 6.1.12. Limite no Montante da Indenização .....  | 62                                   |
| 6.1.13. Exoneração .....   | 63                                   |

|   |                                      |
|---|--------------------------------------|
| 6.2. Convenção Interamericana sobre direito aplicável aos Contratos Internacionais..... | 63                                   |
| 6.2.1. Contrato Internacional.....  | <b>Erro! Indicador não definido.</b> |
| 6.2.2. Aplicação da Convenção.....  | <b>Erro! Indicador não definido.</b> |
| 6.2.3. Recusa das Partes e Exclusões.....   | <b>Erro! Indicador não definido.</b> |
| 6.2.4. Novidades no Comércio.....   | <b>Erro! Indicador não definido.</b> |
| 6.2.5. Interpretação e Aplicação.....   | <b>Erro! Indicador não definido.</b> |
| 6.2.6. Determinação do Direito Aplicável .....  | <b>Erro! Indicador não definido.</b> |
| 6.2.7. Imperatividade.....  | 70                                   |
| 6.2.8. Existência e validade do contrato.....   | 71                                   |
| 6.2.9. Possibilidade de alteração da Lei de Introdução ao Código Civil.....             | 72                                   |
| 6.3. Convenção de Direito Internacional Privado de 1928                                 | <b>Erro! Indicador não definido.</b> |
| 6.4. Convenção da Comunidade Econômica Europeia – Roma                                  | <b>Erro! Indicador não definido.</b> |
| 6.4.1. Internacionalidade do Contrato .....   | <b>Erro! Indicador não definido.</b> |
| 6.4.2. Das exclusões.....   | <b>Erro! Indicador não definido.</b> |
| 6.4.3. Princípio da Autonomia da Vontade .....  | <b>Erro! Indicador não definido.</b> |
| 6.4.4. Alteração da Lei .....   | 81                                   |
| 6.4.5. Falta de Escolha .....   | 81                                   |
| 6.4.6. Disposições Imperativas .....  | <b>Erro! Indicador não definido.</b> |
| 6.4.7. Requisito de forma .....   | <b>Erro! Indicador não definido.</b> |
| 6.4.8. Âmbito de aplicação da lei do contrato .....                                     | <b>Erro! Indicador não definido.</b> |
| 6.4.9. Sub-rogação.....   | <b>Erro! Indicador não definido.</b> |
| 6.4.10. Exclusão do Reenvio .....   | <b>Erro! Indicador não definido.</b> |
| 6.4.11. Interpretação uniforme .....  | <b>Erro! Indicador não definido.</b> |
| 6.4.12. Reserva.....  | <b>Erro! Indicador não definido.</b> |
| 6.4.13. Novas normas de conflito.....   | <b>Erro! Indicador não definido.</b> |
| 6.4.14. Prazo.....  | <b>Erro! Indicador não definido.</b> |
| 6.5. Roma I .....   | <b>Erro! Indicador não definido.</b> |
| 6.5.1. Artigo 3º. ....  | 90                                   |
| 6.5.2. Artigo 4º. ....  | 91                                   |
| 6.5.3. Contrato de transporte .....   | <b>Erro! Indicador não definido.</b> |
| 6.5.4. Contratos de seguros.....  | <b>Erro! Indicador não definido.</b> |
| 6.5.5. Disposições Imperativas .....  | <b>Erro! Indicador não definido.</b> |
| 6.5.6. Devedores solidários:.....   | <b>Erro! Indicador não definido.</b> |
| 6.5.7. Compensação .....  | <b>Erro! Indicador não definido.</b> |

|   |                                      |
|---|--------------------------------------|
| 6.5.8. Relacionamento da Roma I com a Convenção de Roma de 1980   | <b>Erro! Indicador não definido.</b> |
| 6.6. Lex Mercatoria   | <b>Erro! Indicador não definido.</b> |
| 6.6.1. Manifestações da Lex:  | 101                                  |
| 6.6.1.1. Princípios gerais do direito   | 101                                  |
| 6.6.1.2. Provimentos contratuais, como cláusulas especiais e novos tipos convencionais                      | 101                                  |
| 6.6.1.3. Às decisões arbitrais que contribuíram para a elaboração dos princípios do comércio internacional. | <b>Erro! Indicador não definido.</b> |
| 6.6.2. Estado e a Lex Mercatoria  | <b>Erro! Indicador não definido.</b> |
| 6.7. Princípios do UNIDROIT 2004  | <b>Erro! Indicador não definido.</b> |
| 6.7.1. Origem   | <b>Erro! Indicador não definido.</b> |
| 6.7.2. Aplicação dos Princípios:  | <b>Erro! Indicador não definido.</b> |
| 6.7.3. Conteúdo   | <b>Erro! Indicador não definido.</b> |
| 6.7.4. Liberdade Contratual   | <b>Erro! Indicador não definido.</b> |
| 6.7.5. Usos e Práticas  | <b>Erro! Indicador não definido.</b> |
| 6.7.6. Formação do contrato:  | <b>Erro! Indicador não definido.</b> |
| 6.7.6.1. Generalidade de Contratos  | <b>Erro! Indicador não definido.</b> |
| 6.7.6.2. Artigo 2.1.12 –  | <b>Erro! Indicador não definido.</b> |
| 6.7.6.3. Artigo 2.1.14 –  | <b>Erro! Indicador não definido.</b> |
| 6.7.6.4. Artigo 2.1.15 –  | <b>Erro! Indicador não definido.</b> |
| 6.7.6.5. Artigo 2.1.16 –  | <b>Erro! Indicador não definido.</b> |
| 6.7.6.6. Artigo 2.1.17 –  | <b>Erro! Indicador não definido.</b> |
| 6.7.6.7. Artigo 2.1.19 a 2.1.22 –   | <b>Erro! Indicador não definido.</b> |
| 6.7.7. Conteúdo do contrato   | <b>Erro! Indicador não definido.</b> |
| 6.7.8. Execução do Contrato   | <b>Erro! Indicador não definido.</b> |
| 6.7.9. Cláusula hardship  | <b>Erro! Indicador não definido.</b> |
| 6.7.10. Força maior   | <b>Erro! Indicador não definido.</b> |
| 6.7.11. Direitos à execução   | <b>Erro! Indicador não definido.</b> |
| 6.7.12. Garantias   | <b>Erro! Indicador não definido.</b> |
| 6.7.13. Compensação   | <b>Erro! Indicador não definido.</b> |
| 6.7.14. Cessão de Créditos  | <b>Erro! Indicador não definido.</b> |
| 6.7.15. Cessão de Débitos   | <b>Erro! Indicador não definido.</b> |
| 6.7.16. Cessão de Contratos   | <b>Erro! Indicador não definido.</b> |
| 6.7.17. Prazo de Prescrição   | <b>Erro! Indicador não definido.</b> |
| 6.7.18. Resolução   | <b>Erro! Indicador não definido.</b> |
| 6.7.19. Efeitos da resolução:   | <b>Erro! Indicador não definido.</b> |

|   |                                      |
|---|--------------------------------------|
| 6.7.20. Anulação do Contrato .....          | <b>Erro! Indicador não definido.</b> |
| 7. Lei de Nova Iorque.....                  | <b>Erro! Indicador não definido.</b> |
| 8. Cláusula de Jurisdição.....              | <b>Erro! Indicador não definido.</b> |
| 8.1. Imunidade Jurisdicional do Estado..... | <b>Erro! Indicador não definido.</b> |
| 9. Conclusão .....                          | <b>Erro! Indicador não definido.</b> |
| REFERÊNCIAS.....                            | <b>Erro! Indicador não definido.</b> |

## 1. Introdução

A presente obra busca mostrar ao leitor como se operacionaliza a aplicação de normas quando é possível o conflito de leis no espaço decorrente de relações contratuais comerciais que cruzam fronteiras.

Desta forma, foca-se nos contratos comerciais do comércio devido à crescente economia mundial – não obstante período de crise econômica iniciada em 2008, porém superada, e atual crise afetando o continente europeu, em especial a Grécia – que tornam as fronteiras cada vez mais próximas e de menor importância para que novos mercados sejam sempre conquistados.

O cerne do trabalho está concentrado em indicar as linhas características das principais convenções internacionais do comércio existentes no mundo na atualidade, identificando a forma e o conteúdo de suas normas, com destaque às questões que colocam as partes em situações desfavoráveis. Neste momento, o trabalho se baseará ora em renomados doutrinadores, utilizando-se de seus comentários, ora se baseará nos artigos das convenções para que se trace o conteúdo essencial dos trabalhos.

Identificam-se também as principais diferenças culturais e históricas que afetam as legislações dos povos e que podem refletir em estruturas e proibições contratuais da atualidade.

Quanto ao cenário nacional, por meio do trabalho, destacam-se as oportunidades de avanço para a legislação brasileira, em especial, em relação à Lei de Introdução ao Código Civil. Realçam-se, também, as críticas apontadas pela doutrina quanto a alguns documentos ratificados pelo Brasil ou que se sugerem a ratificação, como ocorre em relação à Convenção de Direito Internacional Privado de 1928.

Enfim, desejo a todos os leitores que esse material possa auxiliá-lo no momento de eleição da lei aplicável a determinado contrato internacional do comércio.

## 2. Contratos Internacionais

### 2.1. Conceito

O conceito de contrato internacional, ou contratos internacionais do comércio, foi abandonado por diversos autores, conforme acentua Henry Lesguillons (LESGUILLONS, 1986 *apud* BAPTISTA, 1994, p.9) devido às peculiares características que pairam sobre estes instrumentos, visto que qualquer alteração em seu conteúdo pode resultar na modificação de sua natureza, deixando de ser um contrato internacional para ser regulado internamente.

Notaremos que até mesmo as convenções internacionais não definem os contratos internacionais, estas por sua vez indicam elementos que tornam o negócio jurídico internacional e sujeitos à aplicação de suas regras, contudo a definição não é encontrada nestes regulamentos.

Devido à dificuldade para se encontrar ou mesmo elaborar uma definição, Luis Olavo Baptista (1994, p. 10) ressalta ser importante, no mínimo, de serem indicados os traços básicos de um contrato internacional, mesmo que uma regra não possa ser estabelecida.

Neste sentido, o louvável professor ensina que para se verificar a internacionalidade do contrato é necessário buscar identificar se o instrumento pode afetar mais de um sistema jurídico, ou seja, se as partes, o objeto ou local de execução das obrigações assumidas no instrumento acontecem ou estão ou influenciam mais de um sistema jurídico. Se houver a possibilidade de aplicação de mais de um ordenamento, diante estaríamos de um contrato internacional.

Ainda, seguindo a instrução concedida pelo mencionado mestre, para ser um contrato internacional do comércio bastaria que o objeto envolvesse compra e venda de materiais ou prestação de serviços mediante o pagamento de preço. Isto, pois para que não se que caracterize subordinação, pessoalidade e habitualidade, com vistas a distinguir um contrato internacional do comércio de prestação de serviços com um contrato de contratação de mão de obra sujeita às legislação trabalhistas.

Frente às fragilidades dos conceitos do contrato internacional, devido às constantes inovações, encontramos tentativas doutrinárias em defini-los, e é na

doutrina francesa que é possível identificar duas correntes para classificá-los: a econômica e a jurídica.

A teoria econômica foi originalmente tratada pela Corte de Cassação da França, pelo procurador-geral Matter, em 1927, para quem o contrato internacional é caracterizado pelo fluxo de bens ou serviços, ora saindo de um país determinada mercadoria ou mão de obra, ora entrando no país o valor devido como contrapartida, pela fronteira dos Estados, sendo conhecido como a doutrina do “fluxo e refluxo através das fronteiras”.

Posteriormente, na tentativa de afrouxar o rigor estabelecido por Matter, a mesma Corte, mantendo ainda o critério econômico, identificou que o caráter internacional do contrato estaria marcado quando este se relacionasse com a economia interna de seu Estado e com a economia externa de um Estado alienígena, independentemente do domicílio das partes e do lugar para a execução do documento, mantendo ainda a questão de interação econômica entre Estados como elemento caracterizador do contrato internacional.

Já o critério jurídico, defendido por Henry Batiffol (BATIFFOL, 1956 *apud* BATISTA, 1994, p. 17) identifica o contrato internacional como o documento que tem relação com mais de um sistema jurídico, sendo que a relação com este outro sistema poderá ser marcado devido ao local de execução do contrato ou devido ao domicílio das partes contratantes, ou, ainda, devido à localização do objeto contratual.

Nesta teoria, basta que exista um “elemento de estraneidade”, ou seja, que um elemento do contrato esteja localizado em outro Estado, para que caracterizado fique o contrato internacional.

No Brasil, adota-se o critério jurídico, todavia a doutrina defendida pelo professor Strenger entende que a existência do elemento de estraneidade somente não é suficiente para marcar a internacionalidade do contrato, afirmando que:

Na verdade, o contrato internacional é consequência do intercambio entre Estados e pessoas, no sentido amplo, cujas características são diversificadoras dos mecanismos conhecidos e, usualmente, utilizados pelos comerciantes circunscritos a um único território e pelas transterritoriais. (STRENGER, 2003, p.31)

E complementa mais adiante:

chega-se à convicção de que uma das notas características dos contratos internacionais é a sua vinculação a um ou mais sistemas jurídicos estrangeiros, além de outros “dados de estraneidade”, como o “domicílio”, a “nacionalidade”, a *lex voluntatis*, a “localização da sede”, o “centro de principais atividades”, e até a “própria conceituação legal”.(grifo nosso) (STRENGER, 2003, p.34)

O professor Antonio Carlos Rodrigues do Amaral (2004, p. 218) também coaduna da idéia que de a simples existência de elementos de estraneidade não é suficiente para tornar o contrato como internacional. Para ele o elemento de estraneidade deve ser relevante a ponto de manter o contrato conectado a mais de um sistema jurídico, afirmando que:

para que um contrato esteja potencialmente sujeito a dois ou mais ordenamentos jurídicos, há que se identificar os elementos de estraneidade do contrato, bem como verificar se esse(s) elemento(s) de estraneidade é(são) relevante(s) ou não. (AMARAL, 2004, p. 218).

Em outubro de 2005, a Corte de Cassação Francesa, ao analisar um caso chamado de Keller-Grundbau<sup>1</sup> envolvendo um contrato de subcontratação de empresa francesa por empresa alemã, para a realização de serviços na França, entendeu que o contrato não tinha caráter internacional, pois o serviço fora realizado na França, pela ré, por meio de uma empresa sua também situada na França, não considerando o fato da celebração contratual original estabelecida entre partes alemã e francesa.

Neste caso, a Corte não apenas buscou qualquer elemento de estraneidade, pois haveria, já que o contrato originalmente foi assinado entre empresas de diferentes nacionalidades, por isto, celebrado por partes situadas em territórios diversos, todavia a relação em si, não se deu de forma internacional. De acordo com a decisão, como no conceito do professor Strenger, indicado acima, o contrato internacional, para ser internacional, deve refletir de forma ampla o intercâmbio entre Estados e pessoas, o que de fato não ocorre na relação acima apontada.

Não obstante a recente decisão francesa acima, deve-se elucidar que o conceito de contrato internacional depende de cada um dos sistemas jurídicos que o avaliam, bem com se o mesmo está sujeito aos imperativos de determinadas convenções, pois, estando, cada convenção determinará o que marca o elemento de

---

<sup>1</sup> Para mais detalhes do caso Keller Grudbau consultar Jacob Dolinger (2007, p. 226).

internacionalidade do contrato, conforme veremos ao estudarmos as principais convenções da atualidade.

Luis Olavo Baptista, ao discorrer a respeito do critério jurídico e econômico, na qual a doutrina embasa-se para classificar os contratos internacionais, afirma que:

A deficiência dos critérios doutrinários fez com que, pela via legislativa, se procurasse estabelecer o modo de classificar como internacional um contrato. E é realmente através de tratados ou de normas internas que isso vem ocorrendo. (BAPTISTA, 1994, p. 18).

O sistema brasileiro, por exemplo, considera que o domicílio das partes é um elemento de estraneidade muito importante para a definição de um contrato internacional, o que aumentaria as possibilidades de, frente a uma situação como a narrada acima no caso Keller-Grundbau, o tribunal nacional se manifestasse de forma diferente da decisão da Corte Francesa e indicasse que mesmo não havendo intercâmbio entre Estados na execução do contrato, a internacionalidade estaria marcada devido à diversidade de domicílio das partes contratantes.

Nesta linha, Antonio Carlos Rodrigues do Amaral diz:

Para o direito brasileiro, um elemento de estraneidade relevante é o domicilio das partes contratantes. Assim, um contrato de compra e venda ou locação será internacional se celebrado entre uma pessoa domiciliada nos Estados Unidos da América e outra no Brasil, mesmo que ambas sejam brasileiras e que as mercadorias se encontrem em território brasileiro. (AMARAL, 2004, p. 218).

Já para os Estados Unidos da América a internacionalidade fica primeiramente marcada frente ao elemento nacionalidade das partes e o centro de seus interesses, depois se analisa o lugar de assinatura e o da celebração, e por último o objeto do contrato, conforme lecionado por BAPTISTA (1994, p. 22). Havendo diferentes Estados envolvidos, marcado estará o contrato internacional.

Disto resulta-se que cada Estado adota um critério para classificar o que vem a ser contrato internacional, sendo estes influenciados por interesses nacionais que refletem políticas legislativas de uma sociedade, por isto mutável de acordo com as perspectivas nacionais contemporâneas e políticas externas incentivadas pelos governos.

O professor Luis Olavo Baptista (1994, p. 22), leciona que:

Com efeito, a diversidade dos critérios apontados mostra-nos que há ainda dificuldade em determinar se um contrato é, ou não, internacional e que vários critérios, econômicos e jurídicos, entrarão em jogo para que o juiz possa decidir. No fundo trata-se de uma questão de sensibilidade e de política legislativa, portanto subjetiva e mutável.

Um menor desconforto para a classificação de contratos internacionais poderá ser encontrado quando as partes adotam determinadas convenções para reger os termos do contrato, pois assim a convenção identificará o elemento que torna o contrato internacional, não restando discussão entre as partes contratantes e nem mesmo entre árbitros que poderão futuramente se depararem com o negócio celebrado.

## 2.2. Elementos Caracterizadores

Segundo Irineu Strenger (2003, p. 61), é possível se identificar elementos que caracterizam os contratos internacionais. Alguns são:

a) Caráter Dinâmico, pois mesmo após a assinatura do instrumento, o contrato internacional deve ser objeto de constante análise e verificação. Isto se deve à necessidade de manter suas regras de acordo com o comércio internacional que está em constante evolução. Estimado professor (STRENGER, 1993, p. 63) indica que seria aconselhável manter no contrato um preâmbulo que contenha as condições e situação pela quais as partes estão celebrando o negócio jurídico, pois havendo alterações em qualquer destas circunstâncias, um aditivo contratual deveria ser realizado para melhor refletir a vontade e a intenção das partes, ou ainda, se necessário, um distrato, caso não exista mais a intenção em manter o vínculo obrigacional, por isto o contrato internacional é um negócio jurídico em constante transformação,

b) Caráter Desenvolvimentista, pois sempre eclodem novas cláusulas com o objetivo de acompanhar as exigências do comércio internacional, contribuindo para aprimorar até mesmo os contratos nacionais,

c) Caráter político e econômico, pois assim como no contrato nacional, o internacional se envolve e precisa estar atento às variações econômicas e políticas da sociedade, todavia ao internacional, deve-se olhar de forma mais ampla, pois envolve Estados diversos,

d) Influência de várias regras, envolvendo as normas da prática internacional, dos princípios gerais do direito e até mesmo regras supletivas e imperativas, que dão lugar uma às outras, conforme veremos,

e) Continuidade, marcado pelo *Lex validitatis*. Sendo essa uma regra utilizada nos contratos internacionais com o objetivo de preservar o bom desempenho do contrato, diminuindo as chances de considerá-lo nulo, tendo como fito manter o relacionamento existente frente à anulação das vontades. Certamente existem diversos outros elementos caracterizados dos contratos internacionais do comércio, alguns dos quais serão considerados e destacados no decorrer deste trabalho, e

e) Liberdade da vontade, conforme indicado por José Maria Garcez (1994, p. 7), pois possibilita às partes elegerem leis e jurisdições diversas das que têm domicílio/nacionalidade, inclusive por meio dos negócios jurídicos internacionais as partes podem escolher regras até mesmo emanadas por entidades não governamentais para a solução de conflitos.

José Maria Espinar Vicente (VICENTE [s.d] *apud* STRENGER, 2003, p.34), também define algumas das características do contrato internacional do comércio, com vista a diferenciá-lo das demais modalidades de contratos internacionais, indicando que:

a) são contratos que desenvolvem o intercâmbio de mercadorias, serviços e capitais, entre empresas pertencentes a diferentes países,

b) são contratos nos quais ao menos uma das partes desempenha papel preponderante no meio econômico internacional, sempre no que se refere à matéria objeto de acordo,

c) são contratos que – devido a concentração oligopolista dos bens e à atual estrutura do comércio mundial – não só afetam aos Estados diretamente conectados à operação que instrumentalizam, mas a todos os países que integram a área do mercado dos bens ou serviços aos quais se referem,

d) são contratos que – em razão da organização transnacional dos poderes econômicos privados – põe em jogo, direta ou indiretamente, os interesses corporativos do conjunto de empresas que se dedicam habitualmente ao setor de atividades em que se incluía a operação;

e) normalmente, a forma desses contratos responde as características peculiares, entre os quais se destacam a homogeneidade de suas disposições, a existência de cláusulas de submissão, a arbitragem e o emprego de terminologia unificada.

### 3. Principais sistemas legais no mundo

O breve estudo e entendimento das legislações e costumes existentes no globo pode nos ajudar a identificar o que uma das partes do contrato está habituada e tem como entendimento a respeito de eventuais exigências contratuais.

Este conhecimento anterior é fator importante para quem negocia e elabora um contrato internacional, pois, além de possibilitar entender a razão pela qual determinada cláusula é inserida no contexto contratual, isto aumenta o poder de negociação para justificar a remoção daquelas que não lhe beneficiam, já que o conhecimento prévio permitirá identificar qual é o intuito final da outra Parte.

Finalmente, conhecer a cultura da outra parte com que se celebra o contrato, facilitará na identificação de elementos de conexão, conforme veremos, que poderão fazer com que o contrato seja submetido às leis alienígenas, tornando possível criar mecanismos que o beneficiem em futura e eventual lide.

#### 3.1. Sistema da Codificação Civil

Caracterizado pela existência de leis genéricas para que possam abranger as mais diversas situações, este sistema nasce utilizando-se bases do Direito Romano

o qual estavam compilados no *Corpus Iuris Civiles*<sup>2</sup>, principalmente, e na *Lex Romana Visigotorum*, essa promulgada alguns anos antes daquela na França e na Península Ibérica, refletindo os usos e costumes do povo romano.

A partir dos séculos XII e XIII, a Europa, em sua fase renascentista, começa a sentir a necessidade de um conjunto de leis que regulassem as atividades e necessidades da época e por isto iniciam discussões para a formação de novos corpos legais, pautados nos costumes e que garantissem mais estabilidade nas relações, o que viria a ser o início do sistema romano-germânico. (GARCEZ, 1994, p. 24).

Napoleão I, imperador Francês que buscava a liberdade e igualdade, avançando territórios e introduzindo reformas em toda a Europa, incentiva as pesquisas e descobertas, desencadeando no surgimento do Código Civil francês, promulgado em 1803.

O Código Civil francês apresentava linguagem escurra, de fácil entendimento e aplicável nas relações entre indivíduos em geral, não só à burguesia existente na época.

Atendendo os anseios existentes, o Código Civil francês é adaptado e aplicado por outros diversos países, até mesmo após longo lapso temporal, como é o caso de Portugal, que em 1867 e 1967 promulgou códigos baseando-se naquele francês. Ainda outros países da Europa Oriental, como a Polônia, utilizaram o Código de Napoleão para dar à sociedade um código civil.

Décadas após, em 1896, temos a edição do segundo código civil, que marca a sociedade regida pelo direito romano-germânico, Código Civil alemão. Este tem características diversas do francês, surgindo em um ambiente acadêmico propiciando uma linguagem mais científica e com âmbito de aplicação mais nacional. Todavia, mesmo com essas diferenças, serviu de inspiração para diversos países, até mesmo para aqueles cujos costumes e desenvolvimento eram diversos do alemão, como Japão e Brasil.

Neste cenário, o sistema romano-germânico se desenvolve na maioria dos países existentes no globo, predominantemente na Europa e na América Latina, cuja principal característica é a existência de leis que disciplinam hipoteticamente as

---

<sup>2</sup> O *Corpus Iuris Civiles* foi publicado entre os anos 529 e 534 por ordem do imperador bizantino Justiniano I, o qual entendia necessário compilar as constituições imperiais vigentes até a data.

situações. As alterações das leis devem seguir sempre processos legislativos descritos nas constituições de cada um dos Estados, caracterizando-se pelo primado do processo legislativo, o que muitas vezes dificulta o avanço e o acompanhamento das leis, a realidade e a necessidade social. Como característica do direito romanístico, o professor Miguel Reale destaca que:

A tradição latina ou continental (*civil law*) acentuou-se especialmente após a Revolução Francesa, quando a lei passou a ser considerada a única expressão autêntica da Nação, da vontade geral, tal como verificamos na obra de Jean-Jacques Rousseau, *Du Contrat Social*. (REALE, 2000, p. 142).

Neste sentido, o sistema legal em análise busca na lei, elaborada por meio de órgãos legislativos próprios, a fundamentação para definir as atividades e forma de conduta almejada pela sociedade.

Frente a possíveis omissões ou lacunas legais, a própria lei, principal fonte do direito, possibilita a aplicação dos princípios gerais do direito, costumes e/ou doutrina, de valores secundários.

### 3.2. Sistema do Common Law

O sistema anglo-saxônico de justiça é caracterizado pelas forças das decisões judiciais, que criam normas e servem de guia para interpretar normas já em vigor. Estas decisões judiciais, além de serem aplicadas ao caso em análise, são utilizadas como parâmetro futuro, tornando-se regra para os casos gerais da sociedade, já que são entendidas como a corrente expressão da melhor justiça.

Historicamente, o *Common Law* também é originário do Direito Romano, pois os juízes buscavam no *Corpus Júrís Civilis* os fundamentos e bases para suas decisões e, estes veredictos, por sua vez, já que refletiam os costumes da época e maior proximidade com a sociedade, acabavam por se tornar as novas diretrizes legais em que a sociedade britânica se pautava.

A facilidade de adaptação da jurisprudência *versus* o formalismo para alterações de leis frente às necessidades e novas formas de relacionamento fazem com que os precedentes sejam rapidamente aplicados, pois o que acontece são

pequenos ajustes frente a análises caso a caso, possibilitando que o sistema se mantenha estável, garantindo estabilidade nas relações e segurança com as decisões judiciais.

Nota-se que neste sistema não há um código civil que compile as obrigações das partes, cabendo ao contrato tratar de todas as obrigações e, em caso de omissão, o juiz, ao analisar a lide, utiliza precedentes análogos para dar o veredicto, não se socorrendo a um corpo de leis hipotéticas.

Contudo, isto não significa que nos Estados regidos pelo *Common Law* não existam regras, elas existem, o diferencial é que além de possibilitar que o Poder Judiciário crie as “leis” decorrentes de casos concretos, o Poder Legislativo pode também criar regras que podem ser aplicadas<sup>3</sup> a discricção do Estado. Todavia, as decisões judiciais são muito mais utilizadas em caso de conflitos entre normas, já que acompanham o desenvolvimento da sociedade de forma mais veloz.

É do sistema *Common Law* que surgem as características principais dos contratos internacionais, pois para evitar que o silêncio contratual seja encarado como não pactuado entre as partes, diferentemente do que ocorre no sistema Romano-Germânico, onde em caso de omissões das estipulações contratuais as partes recorrem-se ao estabelecido nos códigos, seja civil, comercial ou do consumidor, a depender da relação e das partes envolvidas, as partes criam extensivos e exaustivos contratos para evitar discussões e questionamentos em relação às futuras obrigações, sob pena de não ser indenizado ou responsabilizado em caso que omissão clausular.

Atualmente, são países seguidores do *Common Law* Inglaterra, Estados Unidos e Canadá, sendo que o estado de Louisiana, nos Estados Unidos, e Quebec, no Canadá, são exceções, seguindo o sistema romano-germânico.

### 3.3. Sistema das legislações Islâmicas

---

<sup>3</sup> Um exemplo interessante de atuação do Congresso americano é a promulgação do *Uniform Commercial Code*, com o objetivo de harmonizar a venda e outras transações comerciais. O Congresso compilou diversas leis existentes neste Código, o que, todavia, está sujeito à aprovação ou não de cada um dos estados federados americanos, podendo os mesmos alterar a compilação para adequá-los à constituição de seus estados. Assim, um estado americano puramente do *Common Law* pode simplesmente não aceitar a uniformização e deixar com que as decisões ocorridas no estado fiquem única e exclusivamente a critério dos precedentes judiciais. Para mais informações consultar GARCEZ (1994, p. 30).

Nos países do Oriente Médio as condutas são regidas pelo código denominado *Sharia*, sendo este baseado nas normas do livro sagrado do Islamismo, Corão. O Corão, ou Alcorão, desde sua escrita por Maomé no idioma arábico, já estabelecia como deveria ser a conduta de toda a sociedade islâmica, definindo os costumes a serem obedecidos, as obrigações de todos os homens e motivos pelos qual a guerra deveria ser travada.

A estrutura da *Sharia* é similar à do sistema romano-germânico, pois apresenta uma vasta legislação, descrevendo detalhada e hipoteticamente as condutas dos indivíduos no âmbito social e pessoal.

Outra fonte de lei é a jurisprudência islâmica, denominada de *Fiqh*, que cuida de identificar a metodologia, fonte de aplicação de direito, bem como de regras práticas.

Por fim, a presença de escolas legais também é uma marca do sistema islâmico de legislação. As escolas são guiadas pela *Sharia* e atualmente existem cinco principais escolas legais diferentes as quais são utilizadas para interpretar os imperativos da lei islâmica: hanafitas, malequitas, chafeitas, hambanitas e jafaritas. (MARTINS, 2008).

Historicamente, há estudos que demonstram que juristas islâmicos<sup>4</sup> foram os primeiros a escrever tratados internacionais, antes mesmo do europeu Hugo Grócio, em vistas à conquista de novos fiéis e manutenção dos costumes e éticas islâmicas em outros territórios.

Atualmente, o sistema islâmico enfrenta diversos questionamentos, fazendo com que a estrutura da *Sharia* seja repensada com o fito de melhor se adequar à realidade e à necessidade global. Movimentos feministas têm sido muito atuantes, sendo destaque nas mídias internacionais, como forma de questionar a posição da mulher frente à sociedade em especial nas obrigações conjugais e no convívio no âmbito social.

---

<sup>4</sup> Há pesquisas que demonstram que Muhammad al-Shaybani e Al-Shaybani escreveram tratados internacionais, sendo que o primeiro realizou os estudos antes mesmo da escrita o primeiro tratado internacional europeu.

Devido à discrepância das determinações da *Sharia* e outros sistemas jurídicos, atualmente a Índia e a Filipinas<sup>5</sup> têm leis civis separadas para grupos de cidadãos, sendo que a *Sharia* é aplicada nas relações civis somente entre muçulmanos. Em relação aos demais ramos do direito, há a lei estatal uniforme aplicável a todos os cidadãos.

Como forma de não afastar a aplicação dos termos sagrados nas relações cotidianas, há rumores de que tribunais baseados nas *Sharias* estão em vias de serem criados, além dos tribunais comuns estatais. Todavia, a legitimidade para atuar ou ser reclamados naqueles tribunais somente estaria caracterizada quando ambas as Partes fossem muçulmanas. Cabe destacar que este seria mais uma modalidade de tribunal, entre os demais de caráter religiosos existentes atualmente na África.

No âmbito contratual, devemos destacar que um dos princípios existentes na *Sharia* é o de evitar a especulação, assim juros não podem ser cobrados, até mesmo pelos bancos. O que se permite é se estipular prêmios a serem pagos àquele que tiver prejuízos com o atraso no recebimento de determinado valor, ou no caso dos bancos, é permitido que se cobrem taxas pelo empréstimo financeiro sendo aportado.

Num contrato entre particulares, os juros igualmente não poderão ser cobrados em decorrência de atraso no pagamento, e todas as cobranças e condições de pagamento pelos serviços realizados devem ser antes discutidas, detalhadas e aceitas pelas partes, sobretudo as mesmas jamais podem ter caráter especulativo.

O objeto do contrato é de extrema importância, pois a atividade a ser desenvolvida, assim como no Código Civil brasileiro, não pode ter objeto ilícito em conformidade com a *Sharia*. O que acontece é que para a *Sharia*, objetos ilícitos podem ser os mais diversos possíveis e que a princípio para o povo ocidental seriam perfeitamente lícitos. Como exemplo, a *Sharia* não permite a comercialização de carnes de porcos, bebidas alcoólicas e a produção de armas, que são vedadas.

Aos bancos islâmicos, a análise do objeto do contrato é de extrema importância, pois antes de conceder qualquer crédito, a empresa e o propósito do contrato são detalhadamente analisados, procurando detectar se de alguma forma os recursos serão utilizados contra a *Sharia*.

---

<sup>5</sup> Na Índia, a legislação civil islâmica é conduzida pelo Comitê de Leis Pessoais Islâmicas (*Muslim Personal Law board*) enquanto nas Filipinas isto é feito pelo Código de Leis Pessoais Islâmicas.

Em relação aos serviços financeiros, são avaliados por um conselho formado pelos estudiosos das escolas islâmicas, conforme acima mencionado, chamados em conjunto de *Sharia board*, para verificar se os mesmos podem ou não ser realizados, com a finalidade de analisar a compatibilidade das atividades propostas às leis islâmicas.

### 3.4. Sistema Japonês

O 1º Código Civil japonês surge da necessidade de rapidamente trazer para o país leis que regulassem as atividades realizadas entre particulares, bem como proteger os nacionais frente aos interesses estrangeiros que cresciam pelo país durante o período Xogunato<sup>6</sup>.

As leis regulando o convívio social das pessoas podem ser encontradas apenas nas descrições gerais dos livros históricos chineses, já que no Japão não havia leis escritas.

Neste cenário, a revolução Meiji ganha forças e se faz necessário reformas não apenas na seara política, mas também na jurídica para que os inúmeros problemas fossem enfrentados.

Com a necessidade de dar ao Japão um Código Civil, o de Napoleão é importado para servir como parâmetro inicial, servindo para que 28 anos após o início de sua adaptação pelos reformadores japoneses do período Meiji e, em especial, após Rinsho Mitsuruki ter recebido primeiramente a missão de ajuste, sua promulgação ocorresse.

Mesmo sendo as primeiras análises e discussões das leis japonesas realizadas com base no sistema francês, foi o Código Civil alemão o que mais influenciou o Código Civil de 1898, que está vigente até os dias atuais, após ter sofrido modificações com o término da Segunda Guerra Mundial apenas.

Em consequência da Segunda Guerra Mundial, a Constituição da era Meiji foi totalmente substituída por uma nova Carta, chamada de *Showa*, que levou o nome

---

<sup>6</sup> Em José Maria Garcez (1994, p. 3) indica-se que foi durante o regime Xogunato que ocorreu a 1ª abertura do Japão ao mundo. Este regime foi sucedido pela revolução Meiji, que ocorreu entre 1867 e 1912.

do imperador da época. Esta nova Constituição é marcada pela chegada parcial do *Common Law* ao sistema japonês, pois ainda continua regido por um Código Civil.

A nova Constituição cuida das liberdades civis, trazendo a democracia para o contexto legal e excluindo o poder único que advinha do imperador e, por fim, em consonância com os tratados e objetivos globais, a Constituição renuncia ao direito de guerra e uso de força como meio de resolver as disputas internacionais.

No campo contratual, o direito é baseado principalmente no Código Civil, que define os direitos e obrigações das partes em geral, e nomeia alguns tipos de contrato.

Em regra, o Código transfere o risco da execução a quem é contratado para fazer o objeto do contrato, sendo que o preço somente será pago com a conclusão da atividade. Casos de força maior são regras opcionais e por isto a parte que quiser usufruir da isenção de responsabilidades em caso de ocorrência desta deve ser expreso neste sentido. Contudo, considerando a época em que o Código Civil foi elaborado e a modernidade japonesa, com a significativa expansão da economia, os atuais contratos celebrados têm se respaldado muito no modelo norte-americano, os quais incluem linguagem ampla de forma a tratar as situações no corpo contratual para evitar que o Código Civil seja utilizado nos caso de omissão contratual.

As lacunas existentes nas legislações, que não refletem a realidade prática, têm feito com que as decisões judiciais sejam mais e mais baseadas em outros precedentes jurisprudenciais, e princípios não estabelecidos nos Códigos têm sido aplicados e utilizados pelas partes, tais como: indenização por ruptura das negociações contratuais, os deveres ao divulgar informações, direito à renegociação, obrigações ao mitigar riscos, obrigações ao rescindir as relações contratuais sem justa causa e ajuste ao pagar indenizações. Não obstante a omissão do Código Civil, todos estão baseados na boa-fé das partes envolvidas.

Como base nessas características, possível dizer que o sistema japonês jurídico é um híbrido de continentais e direito anglo-americano.

### 3.5. Legislação Chinesa

O sistema legal chinês tem como origem o velho Código de Tang, que foi o primeiro a ser promulgado no ano de 624, e que serviu como base para as dinastias vindouras chinesas. Este Código não fazia distinção entre direito penal e civil, mas sim compilava um conjunto de leis que refletiam o interesse da sociedade nos diversos ramos, como família, terras e relação entre indivíduos, baseado nos princípios morais, sem influência de leis divinas. A forma de solução de conflito era a mediação, na qual os mais velhos ou pessoas conhecidas analisavam a disputa e davam a solução.

Com o término das dinastias chinesas, após a Revolução de 1911, a República da China adotou um estilo ocidental em seu sistema legal, influenciado essencialmente pelo Código Civil alemão.

Em 1949, a China sofre influências do direito socialista existente na Rússia na época; no entanto, as tradições anteriores marcadas pela história chinesa têm mantido a influência até o presente.

Com a revolução cultural e com a promulgação da Constituição chinesa de 1982, as atuações dos governantes encontram limites nos imperativos constitucionais, trazendo direitos por meio da concessão de mais garantias aos indivíduos, pois afirma no artigo V que nenhuma organização ou indivíduo está acima da lei e, no artigo III, há a referência de que o Congresso do Povo e o governo do Estado são responsáveis perante o povo, abrindo caminho para mais esforços para permitir a aplicação dos direitos individuais.

Nesta linha, em 1986, o sistema de direito civil se torna indiscutível na China, pois são aprovados os princípios gerais de Direito Civil da República Popular da China, que ajudou a esclarecer as relações existentes no âmbito do direito civil, servindo como um Código Civil. O artigo 2º, por exemplo, estabelece que o direito civil regula as relações entre pessoas e relações patrimoniais entre os cidadãos e/ou pessoas coletivas. Além disso, o direito civil é composto por outras legislações mais específicas, lidando com uma variedade de temas, incluindo casamento, administração da terra, direito ambiental, direitos autorais e marca registrada.

Em relação aos contratos, como este grande país está passando por reformas graduais em sua legislação e sendo um país cujo sistema é o sistema romano, alterações nas leis podem afetar o contrato, uma vez este esteja omissivo e deixe para que a legislação discipline eventual silêncio entre as partes.

As partes de um contrato regido pelas leis chinesas devem estar em constante observação para as variações legislativas deste país, que atualmente é visto como oportunidade de grandes negócios.

### 3.6. Legislação Russa<sup>7</sup>

A República Socialista Soviética teve seu 1º Código Civil em vigor apenas no ano de 1963, após a entrada em vigor, em 1962, dos chamados “Princípios Básicos de Legislação Civil da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas”. Antes deste período, o relacionamento era baseado nos pilares marxistas e cristãos, onde a moral construída durante o regime burocrático-autoritário soviético julgava os atos da sociedade.

Sem dúvida, o sistema germânico influenciava a população e os que estavam no poder desde aquele tempo, todavia não havia um corpo de leis estabelecendo as obrigações privadas, já que a estrutura política socialista de Stalin não protegia as relações privadas, pois não havia interesse estatal no desenvolvimento da Rússia ao mundo, acabando por reprimir a sua modernização.

Mesmo com a promulgação do Código Civil em 1963, apenas a classe burguesa se beneficiava, pois o conjunto de leis atendia essencialmente a necessidade desta classe, cuidando da propriedade privada e dos meios de produção de forma a beneficiá-los, exclusivamente.

Frente às omissões legislativas, o sistema se desenvolveu de forma a aceitar procedimentos extrajudiciais de arbitragem com notável rapidez nos atendimentos, sendo acionado sempre que o Estado fosse uma das partes da discussão, entretanto.

Mudanças começam a refletir na sociedade a partir dos anos de 1990, em decorrência da *Perestroika*, implementada por Mikhail Gorbachev em 1985, em busca de abertura econômica para ajudar a Rússia a superar a crise que enfrentava. Assim como consequência de abertura econômica, necessária seria a implementação de um

---

<sup>7</sup> Devido à ausência de um sistema legal próprio, este tema denomina-se legislação russa, e não sistema legal russo.

regime de direito, no mínimo, como forma de dar estabilidade nas relações internacionais.

De tal modo, em 1993, a Rússia promulga a atual Constituição, a qual traz para o seio da sociedade um sistema muito similar ao do sistema germano, regido por códigos e leis posteriores promulgadas após o crivo do Poder Legislativo.

As decisões judiciais da Corte Suprema (*Arbitrazhny*) são utilizadas apenas como fontes, não afetando ou modificando as leis, diferente do sistema *Common Law*, e as omissões legislativas são sanadas pelos juízes nos momentos das decisões pelo emprego dos princípios gerais do direito, definidos nos Códigos, sendo eles também a analogia, boa-fé, razoabilidade, justiça, equidade e outros.

Tatiana Zaslavskaia, no ano de 2.003, ao palestrar em mesa-redonda organizada no âmbito do Simpósio realizado anualmente pela Escola Superior de Moscou de Estudos Econômicos e Sociais, sob o grande tema “Para onde vai à Rússia”, indica qual a situação do sistema legal na Rússia ao afirmar que::

Não é preciso demonstrar que o sistema formal-legal das instituições claramente liberalizou-se e democratizou-se; sobre isso muito se falou nas reuniões do Simpósio. Entretanto, esse sistema permanece ainda muito imperfeito. Ele é incompleto e contém muitas normas contraditórias, ineficazes e ilegais. E o mais importante é que parte significativa das novas leis e normas não é reforçada nem por um sistema de coerção, capaz de garantir a sua aplicação, nem por normas culturais informais, que regulam o comportamento dos atores sociais. Como resultado, as normas liberal-democráticas assumem um caráter nominal, enquanto na sociedade, de fato, atuam regras do jogo baseadas não na lei, mas na força do dinheiro, do poder e da violência. (ZASLAVSKAIA, 2003).

Os contratos internacionais sofrem gerenciamento de cláusulas padrões criadas por Organizações Soviéticas, como a *Soviet Foreigner Trade Organization – FTO* – com alguns casos de aplicações dos princípios internos de Direito, como a necessidade de que os contratos sempre tenham objeto, preço, prazo de duração e outros detalhes claramente determinados.

Ainda, como reflexo do direito interno, um contrato somente é considerado impossível se as partes não tiverem contribuído para circunstância que o torna impraticável, não podendo assim ser solicitada indenização pelo não cumprimento de determinada ação, se a parte efetivamente não tiver a possibilidade para cumpri-la,

sendo parecida com a situação de caso fortuito ou força maior, todavia a legislação determina que, nestes casos, não haverá indenização ou penalidade se realmente estiver fora do alcance das partes contratantes.

#### 4. Elementos de Conexão

O sistema legal de cada um dos Estados é aplicável, em regra, dentro de seu território, sendo poucas as situações em que os imperativos estatais extrapolam sua área geográfica para serem aplicados em território alheio.

Entretanto, considerando a circulação de bens e pessoas ao redor do mundo, haverá situações que a lei de determinado Estado poderá ou pelo menos tentará ser aplicada em território diverso da que foi promulgada.

Nesta circunstância, haverá um conflito de leis no espaço, especialmente em relação à lei do Estado e à lei que extrapola seus limites, invadindo a jurisdição aquele. João Grandino Rodas leciona que “em última análise significa a potencialidade de aplicação de mais de um sistema jurídico para regular determinada situação jurídica.” (RODAS, 1995, p. 10), ou seja, mais de uma lei querendo ser aplicada em um único caso.

Sendo esta uma situação real existente nos relacionamentos internacionais, o direito internacional privado de cada um dos Estados busca identificar elementos/partículas/caracteres que possibilitem aos seus juízes e às partes contratantes identificarem qual o ordenamento jurídico a ser aplicado na situação de conflito. Estes elementos são chamados pela doutrina de elementos de conexão, pois conectam o sistema jurídico apropriado ao fato em discussão, harmonizando os diversos sistemas legais que poderiam ser aplicáveis.

O professor Irineu Strenger (2000, p. 349), considera que o *point de rattachement*, expressão francesa de elemento de conexão, é utilizado para “identificar essa necessidade técnico-vinculativa, entre os diversos direitos em confronto.”, cabendo ao Direito Internacional Privado de cada Estado indicar a solução para este conflito.

Neste sentido, os elementos de conexão podem ser vários, já que cada Estado buscará identificá-los da forma que lhes beneficiarem, e os principais apontados pela doutrina são: *locus regit actum* (lei do local rege o ato), *lex loci executionis* (lei do lugar da execução), *lex loci contractus* (lei do lugar do contrato), *lex patriae* ou *domicilii* do devedor, *lex patriae* ou *domicilii* comum das partes, *lex voluntatis*, como a nacionalidade, o domicílio, o local de execução da obrigação e o local de assinatura do documento. (DOLINGER, 2007, cap. VIII).

Considerando a diversidade de elementos de conexão a ser eleito por cada um dos Estados, nota-se que o problema para a solução do conflito não está completamente resolvido, pois, como exemplo, se houver um conflito fundamentado em um contrato executado por argentino e brasileiro, na qual há o silêncio na lei que regerá eventual conflito, teríamos duas possíveis situações, pois se a solução for analisada sob a ótica do ordenamento brasileiro ter-se-á que o elemento de conexão brasileiro será o do local da constituição do contrato, ou seja, aplica-se a lei de onde foi assinado. Já buscando-se a solução no ordenamento argentino, teremos que se aplicará a *lex loci solutiones*, ou seja, a lei do local de cumprimento do contrato.

Como consequência, para se evitar a aplicação de elementos de conexão definidos pelo Estado, as Partes contratantes poderão eleger a lei a ser aplicada, caracterizada pelo princípio de autonomia da vontade. Por meio da escolha da lei pelas partes, há a renúncia de eventuais leis que poderiam ser aplicadas ao contrato para que se aplique a lei eleita.

Entretanto, esta opção somente seria aceita se os Estados aceitarem a aplicação do princípio da autonomia da vontade que, conforme veremos neste trabalho, é uma tendência das legislações, todavia ainda não aceita por diversos Estados, tal como o Brasil.

Exceções à aplicação da lei eleita pelas partes são as normas imperativas e de ordem pública, sendo que haverá sempre a aplicação da lei definida pelos Estados. A doutrina identifica que normas imperativas são as leis do local em que o contrato é constituído, pois, em regra, elas estabelecem elementos que se aplicam extrinsecamente ao contrato, ou seja, formalidades que devem ser seguidas sob pena de nulidade dos atos. O exemplo da doutrina consiste na situação da formalização de testamentos, na qual vale a observância da lei do local em que foi celebrado, mesmo que a lei em que os bens estejam localizados tenha regra diversa.

Em relação à origem do elemento *locus regit actum*, o professor João Grandino Rodas leciona:

A máxima surgida por imperiosa necessidade prática, tendo à princípio caráter consuetudinário, foi aceita no séc. XIX, quando se apresentava como aplicável tão-somente à forma dos atos, pelas teorias de Story, Savigny, Mancini e Pillet, tendo recebido também consagrada acolhida legislativa, a começar pelo Código Civil francês de 1804. Foi também objeto de regulamentação convencional multilateral por parte do Tratado sobre Direito Civil Internacional, adotado em Montevideu, em 1889, e pelo Código de Bustamante. Forçoso aceitar o reconhecimento internacional do princípio materializado no adágio *locus regit actum*. (RODAS, 1995, p. 24).

O professor Jacob Dolinger arrola 3 exceções quanto à aplicação da *locus regit actum*:

para documentos firmados por diplomatas ou por qualquer outra pessoa no consulado de seu país, quando a lei deste deverá ser obrigatória, e outra exceção, relativa aos atos constitutivos ou translativos de direitos reais existentes no Brasil, realizados em qualquer jurisdição, quando se há de aplicar a lei brasileira e, finalmente, para o contrato entre ausentes, assinado em mais de um lugar, propõe-se a aplicação de lei mais favorável à validade do contrato, seguindo o princípio do *favor negotii* (...) (DOLINGER, 2007, p. 510).

Outra exceção à eleição da lei pelas partes ocorre sempre que envolver transações com imóveis, já que não obstante as partes queiram eleger lei alheia à relação, deverá ser aplicada a lei do local em que se encontra o imóvel, pois nesta estão definidos os requisitos para o perfeito atendimento das formalidades que se aplicam sobre a transação imobiliária.

No Brasil, por exemplo, temos como norma imperativa que a venda de bens imóveis deve ser registrada em cartório de imóveis, para que se confira a publicidade e a garantia do direito. Desta forma, se um argentino realiza a venda para um uruguaio de imóvel localizado no Brasil, a simples escolha de lei chilena para reger as obrigações contratuais não invalidará o imperativo nacional de que o registro deve ser realizado, não se aplicando, portanto, a lei escolhida pelas partes.

Com possibilidade de serem criadas exceções à vontade das partes, outra forma de resolver este novo potencial conflito também foi apontada pelo ordenamento jurídico, que visa não somente a harmonizar os direitos, mas sim a unificá-los.

A uniformização ocorre por meio de instrumentos pelos quais os Estados, unidos, elaboram o documento legal a ser aplicável em determinadas situações, gerando os Tratados ou Convenções. Estes eliminam o conflito de direito, criando as regras a serem observadas, deixando de lado o direito material nacional.

Os documentos elaborados decorrentes da uniformização jurídica substituem o direito nacional por novos conjuntos de leis que foram ratificadas e aceitas pelos Estados, cujo direito poderia ser aplicável.

Resultado da uniformização de leis são as convenções que vamos estudar, com exceção da Convenção de Bustamante, na qual, conforme veremos, define um leque de elementos de conexão na tentativa de harmonizar os diversos sistemas existentes, para que, havendo contraste jurídico, os Estados remetam a aplicação de um mesmo direito, sanando o conflito que potencialmente existiria.

Ainda, mesmo as Convenções, podem em algumas situações trazer elementos de conexão, remetendo a aplicação de determinado direito nacional, todavia, considerando que os Estados participaram da criação do instrumento, este elemento conectivo foi aceito por todos os Estados-Partes, o que não poderia, portanto, significar uma afronta ao direito nacional, pois elaborado com o consenso de todos.

## 5. Autonomia da Vontade

A liberdade clausular contratual deve se respaldar na composição do elemento de legalidade com ação volitiva individual, ou seja, vontade da lei combinada com a vontade do indivíduo. Não basta a vontade do indivíduo se a lei não permitir ou, se a lei não permitir determinados campos de atuação, a vontade de ambas as partes, por si só, não será reconhecida.

Autonomia da vontade é uma faculdade que pode ser oferecida ao indivíduo pelo ordenamento jurídico nas suas relações entre particulares. Assim, para que ele tenha a garantia de determinado ordenamento jurídico, o indivíduo deverá analisar se o ordenamento permite a liberdade de escolha, devendo tomar “por base a ordem pública estabelecida.” (STRENGER, 2000, p. 217).

Existem duas teorias que cuidam do tema da liberdade na contratação frente à determinada lei de regência. A primeira delas é a teoria subjetivista pura, na qual defende que as partes ao celebrarem o contrato têm autonomia completa e não se condicionam a qualquer sistema ou imperativo legal enquanto decidem as cláusulas contratuais. As partes são livres até o momento de escolha da lei, sendo que a partir do momento que se identifica a lei para reger eventuais conflitos, a lei será válida, mas os imperativos desta não afetarão o que as partes já tenham anuído e discutido anteriormente, permanecendo totalmente válidas e eficazes tais disposições.

A segunda teoria é a objetivista pura, que defende a total submissão das vontades das partes à lei de regência eleita. A liberdade é restrita ao permitido pela lei, nada podendo ser diferente desta.

Considerando o extremismo destas teorias, surgem as opiniões intermediárias, como a defendida por Batiffol, que, conforme menciona Irineu Strenger, aceita um objetivismo moderado, na qual se exige que as partes identifiquem a lei de regência com o fito de localizar o contrato e esta lei “regerá o contrato no conjunto de suas disposições, sem distinção entre matérias imperativas e facultativas.” (BATIFFOL, 1956 *apud* STRENGER, 2000, p. 218).

Internacionalmente, tem-se aceitado o subjetivismo moderado, na qual a lei escolhida tem valor efetivo sobre o contrato, não gerando efeitos apenas após a sua eleição, mas podendo retroagir e analisar as cláusulas de forma individualizadas, sendo que a lei escolhida apenas encontrará barreira de aplicação quando conflitar com as normas imperativas do foro ou do local de cumprimento da obrigação, conforme vimos no item anterior.

Não obstante a tendência internacional pela liberdade contratual na eleição quanto à lei de regência, o artigo 9º da Lei de Introdução ao Código Civil disciplina que “para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.”, sendo omissivo quanto a possibilidade das partes escolherem a lei aplicável ao contrato, estabelecendo apenas que o elemento de conexão será a *lex loci contractus*<sup>8</sup>, não preconizando se as partes poderão, por meio de acordo, escolher outra lei.

---

<sup>8</sup> Professora Nadia de Araujo, por meio de pesquisas na jurisprudência nacional, indica que não obstante a regra do atual artigo 9º da Lei de Introdução ao Código Civil, a regra de *lex executiones contractus* “tem tido preponderância em nossa jurisprudência, a partir da interpretação de que à lei do local da constituição somam-se as exigências da lei do local da execução.”(ARAUJO, 2009, p. 273).

Contudo, é por meio da história que tentaremos entender qual foi a real intenção do legislador brasileiro ao elaborar o citado artigo.

Verifica-se que a Lei de Introdução ao Código Civil anterior, que entrou em vigor em 1917, também tinha como elemento de conexão a lei do local de constituição do contrato, pois definia que a substância e os efeitos das obrigações seriam determinados pela lei do local onde contraídas, todavia em adição à lei de regência, o legislador possibilitou que as partes escolhessem outra lei. E isto era claramente definido com a expressão “salvo estipulação em contrário” que existia na Lei de Introdução ao Código Civil anterior.

Devido à remoção da mencionada expressão, autores, como Nadia de Araújo, entendem que a autonomia da vontade não é permitida no ordenamento jurídico brasileiro, afirmando que:

No Brasil, a regra de conexão utilizada para os contratos internacionais é a *lex loci contractus*, na forma estabelecida no artigo 9º da Lei de Introdução ao Código Civil, de cuja exegese não se extrai a permissão a autonomia da vontade, antes consagrada na Introdução ao Código Civil de 1917. (ARAÚJO, 2002 *apud* DOLINGER, 2007, p. 453)

A professora Maria Helena Diniz (2002, p. 277) define de forma clara a situação da autonomia da vontade em nosso ordenamento jurídico ao dizer:

Não há acolhida da autonomia da vontade como elemento de conexão em matéria alusiva a contratos. Os contratantes apenas poderão exercer sua liberdade contratual na seara das normas supletivas da lei aplicável imperativamente determinada pela *lex loci contractus*. Vigora o princípio da autonomia da vontade em matéria de obrigações contratuais, mesmo na seara internacional, pois poder-se-á considerar como contrato internacional o acordo de vontades em que a conclusão da avença, a capacidade das partes e o objeto contratual estão relacionados a mais de um ordenamento jurídico. Mas será preciso ressaltar que a autonomia da vontade só poderá prevalecer quando não estiver conflitante com norma imperativa ou de ordem pública.

A jurisprudência não nos auxilia muito, já que são raras as discussões que chegam ao Judiciário a respeito do tema. Mas, em sequência a série de raciocínios acima, poderia imaginar que o Poder Judiciário, frente a um contrato que escolha lei diversa do que define a Lei de Introdução ao Código Civil, dicilmente aceitaria a

eleição das partes, já que a lei eleita viola o que determina o imperativo nacional. Restando às partes a utilização de arbitragem ao invés do sistema judiciário estatal.

Nadia de Araújo defende que:

As partes precisam ser cautelosas quando da redação de um clausula deste tipo no contrato internacional, pois os tribunais brasileiros não enfrentam a questão diretamente, nem parecem ter abraçadas teses pró-autonomia defendidas mais recentemente na esteira das modificações da legislação no plano internacional. (ARAUJO, 2002 *apud* DOLINGER, 2007, p. 458).

Não obstante os entendimentos acima, há argumentos que possibilitam a criação de uma nova tendência que permite a autonomia da vontade nos contratos pelo ordenamento jurídico brasileiro.

O primeiro retorna a história para justificar a exclusão da expressão “salvo disposição em contrário do legislador”, afirmando que a hermenêutica jurídica não poderá olvidar e ainda desconsiderar o cenário brasileiro existente na época da promulgação da lei vigente – 1942 –, época de regime ditatorial, o qual reprimia e não possibilitava aos indivíduos estabelecerem ditames diferentes daqueles estabelecidos pelo Estado, que procurava evitar liberdades individuais e conseqüentemente as liberdades para escolherem e eleger leis alienígenas. Diante disto, cumpre-nos observar que a realidade tem sido outra não só no âmbito nacional, mas também no internacional.

O segundo encontra tendência no Código Civil, em seu artigo 78, que possibilita às partes contratantes escolherem a lei do domicílio para a execução das obrigações. Este artigo coaduna-se com a ideia de que a legislação brasileira está no mínimo dando início à tendência que levam ao princípio da autonomia da vontade.

O terceiro respalda-se no princípio da continuidade das leis, o qual considera que devido à omissão da atual Lei de Introdução ao Código Civil, o que não conflita com o estabelecido no antigo artigo 13, a autonomia das partes ainda é permitida.

E por fim, pouco mais retraída em relação às tendências acima, temos a posição da professora Maria Helena, conforme citação acima, que permite a autonomia da vontade em assuntos que estejam omissos na lei de constituição do contrato, ou seja, de forma supletiva.

Devido a essa incerteza,<sup>9</sup> o que se tem notado é que as partes, ao elegerem lei diversa da constituição do contrato, deveriam optar em levar a discussão à análise de um centro de arbitragem, pois assim haverá a certeza da aplicação da lei escolhida mediante a total autonomia das partes.

E, para finalizar, aos adeptos da liberdade clausular, devem-se atentar as questões de ordem pública da nação, pois, sem dúvida, entraríamos em outra discussão, mas ao partirmos da premissa de que o dueto, conforme acima indicado, lei e vontade individual estão sempre juntos, a escolha da lei seria permitida e seria aplicável até o ponto em que não viole imperativos defendidos e considerados irrenunciáveis da sociedade.

Na ótica de Maria Helena Diniz:

A autonomia da vontade no âmbito dos contratos internacionais consiste no exercício da liberdade contratual dentro das limitações fixadas em lei, logo, não há liberdade de escolha pelos contratantes da lei que regerá o contrato. Deveras, o artigo 17 da Lei de Introdução ao Código Civil considera ineficaz quaisquer atos que ofendam a ordem pública interna, a soberania nacional e os bons costumes. O princípio da boa-fé limita a autonomia da vontade nos contratos, inclusive no que atina à aceitação do laudo arbitral. (DINIZ, 2002, p. 278).

## 6. Fontes dos Contratos Internacionais do Comércio

Considerando todas as variações e diversos sistemas jurídicos a qual um contrato celebrado por partes localizadas em diferentes sistemas jurídicos pode estar sujeito, várias são as tentativas de Estados, Organizações Internacionais ou Comunidades, como a Comunidade Européia, em uniformizar regras as quais serão aplicadas a estes contratos.

Neste capítulo, vamos conhecer as características das principais convenções da atualidade, mostrando entendimentos da doutrina e traços diferenciadores entre as mesmas.

---

<sup>9</sup> Aliado a outros problemas, como a demora do Judiciário brasileiro na decisão de litígios.

## 6.1. Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias de 1980.

Esta Convenção foi elaborada sob os auspícios das Organizações das Nações Unidas, em decorrência de um trabalho iniciado em Roma no ano de 1930, pelo Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado, *Unidroit*. A finalidade primordial do instituto foi de preparar um direito uniforme para a compra e venda de mercadorias entre os países signatários, evitando a incerteza quanto ao sistema jurídico a ser aplicado entre as partes contratantes. Entretanto, com o início das guerras mundiais, este trabalho ficou suspenso.

Com o término das atrocidades no mundo, em Haia, duas convenções são assinadas em 1964: a Convenção sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias e a Convenção sobre a Formação do Contrato de Compra e Venda de Mercadorias.

Estas convenções não tiveram muito sucesso, pois cercadas de críticas realizadas pelos Estados, principalmente motivadas pela influência das tendências jurídicas da Europa Ocidental.<sup>10</sup> Como resposta à reação estatal, em 1968, cria-se a Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional – CNUDMI –, a qual realiza trabalhos junto aos Estados para entender os motivos de aderirem ou não às citadas convenções de Haia.

Nadia de Araujo indica que:

Os governos consultados opinaram pela inconveniência de adotarem-se as Convenções de Haia porque não representavam as diversas correntes legais existentes, sendo necessária uma nova convenção que levasse em consideração um corpo legislativo mais amplo e representativo de países de outros continentes. (ARAUJO, 2009, p. 143).

Com base nas opiniões dos Estados concedidas à CNUDMI, a Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas convoca uma conferência em Viena para

---

<sup>10</sup> Informações extraídas da “Nota explicativa da secretaria da CNUDMI sobre a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de mercadorias de 1980, disponível em <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/CISG.pdf>. Acesso em 10 de dez. de 2009.

estudar a proposta da presente Convenção, na qual se combinou as matérias das anteriores e as opiniões dos Estados para aumentar a aceitação das mesmas por Estados de diferentes sistemas jurídicos, culturas e realidade social.<sup>11</sup>

Assinada em Viena, aos 11 de abril de 1980, a Convenção apenas entrou em vigor em 1º de janeiro de 1988, ou seja, no primeiro dia seguinte à expiração do prazo de 12 meses após a 10ª ratificação, aceitação, aprovação ou adesão – mesmo que com reserva.

Uma das exigências da Convenção àqueles que a ratificam, aceitem ou aprovelem é que os Estados denunciasses as Convenções de Haia de 1964, caso as tivessem ratificado, pois como vimos, a presente Convenção nasce de uma tentativa de melhorar as lacunas e desagradados daquelas. Esta denúncia deverá ser depositada no governo dos Países Baixos, e a contagem do prazo para entrada em vigor da Convenção de Viena (1980) somente se iniciará quando a denúncia daquelas surgir efeitos.

No cenário nacional, o Brasil apenas assinou a Convenção, mas não a ratificou. Entretanto, no final do ano de 2009, seus imperativos foram encaminhados para a análise do Congresso Nacional, já que o Conselho de Ministros da Câmara de Comércio Exterior autorizou o Ministério das Relações Exteriores a encaminhar ao Congresso Nacional proposta de adesão do Brasil à Convenção de Viena (1980). Uma vez ratificada, a Convenção entrará em vigor apenas no primeiro dia seguinte após o decorrer de 12 meses a contar da data do depósito da ratificação brasileira na secretaria-geral das Nações Unidas, gerando totais efeitos no território nacional.

Segundo o professor Lauro Gama Jr, o Brasil é um dos poucos países importantes do mundo que ainda está à margem do direito uniforme criado pela Convenção de Viena, na qual Estados Unidos, Japão, México, Venezuela, Argentina já são Partes. (GAMA JR, 2009).

#### 6.1.1. Da aplicação da Convenção

---

<sup>11</sup> Informações extraídas da “Nota explicativa da secretaria da CNUDMI sobre a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de mercadorias de 1980, disponível em <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/CISG.pdf>. Acesso em 10 de dez. de 2009.

A Convenção indica as situações em que seus imperativos deverão ser seguidos, tanto pelas partes, quanto pelos juízes, ao analisarem um litígio, não tendo como objetivo substituir a lei nacional, mas sim dar oportunidade às partes para escolherem lei diversa da estatal e de acordo com a sua intenção. (ARAUJO, 2009, p. 144).

A Convenção não exige a manifestação de vontade das partes para a sua aplicabilidade, entretanto, se houver a recusa expressa, seus imperativos deixam de ser aplicáveis. Para a aplicação deverá se observar a existência concomitante de 3 elementos: o âmbito espacial na qual o contrato é celebrado, o âmbito material envolvido no objeto do contrato e o âmbito temporal em razão do momento em que o contrato é executado. Vejamos cada um deles separadamente.

Em relação ao âmbito espacial, duas são as situações: a) quando as partes do contrato tiverem estabelecimentos em Estados diferentes e que estes Estados, na qual os estabelecimentos tenham base, tenham ratificado a Convenção ou b) que as normas de direito internacional privado aplicável ao contrato em análise, o remeta à aplicação de leis de um Estado ratificante, mesmo que alheio ao contrato. Nesta segunda situação, as Partes analisam primeiramente a lei interna a qual o contrato é naturalmente regido de acordo com os imperativos internos, e, caso a lei interna o remeta às leis de um Estado que tenha ratificado a Convenção, essa será aplicada.

Atualmente, é por meio desta segunda forma de aplicação da Convenção que uma parte brasileira pode estar sujeita à aplicação da Convenção, em decorrência de nossas regras de direito conflitual, pois a Lei de Introdução ao Código Civil define que será aplicada a lei em que o contrato é constituído e, sendo entre ausente, reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente. Neste sentido, se o proponente estiver em Estado que tenha ratificado a Convenção, os Tribunais brasileiros deverão aplicar as regras da Convenção, já que suas normas são aplicáveis ao contrato. (GAMA JR, 2006, p. 459).

Por aí se vê que o contrato de compra e venda celebrado entre parte estabelecida no Brasil e outra na Argentina ou no Chile<sup>12</sup>, por exemplo, provindo desta a proposta de negócio, ou nestes países se constituindo a obrigação, a nossa regra de direito internacional privado faz incidir sobre tal contrato a lei deste outro país contratante da Convenção, a qual será, por isso, aplicável, na forma do seu art. 1º, I, *b*. (AGUIAR JR, 1994, p. 2).

---

<sup>12</sup> Argentina e Chile ratificaram a Convenção.

Outra forma de aplicação da Convenção no âmbito nacional ocorre na arbitragem, decorrente da Lei 9.307/9, a qual por meio de seu artigo 2º permite-se às partes e aos árbitros elegerem e aplicarem, respectivamente, quaisquer regras de direito, desde que não violem os bons costumes e a ordem pública. Possibilitando que, nesta situação, a Convenção seja objeto de aplicação no âmbito nacional, mesmo que em um contrato sem qualquer relação com outro Estado. (GAMA JR, 2006, p. 459).

Em relação à razão da matéria, a Convenção define em seu artigo 3.1 que a mesma apenas será aplicável a contrato cujo objeto seja a entrega, ou seja, a compra e venda de mercadoria a serem manufaturadas ou produzidas. Não se aplicando, portanto, a contratos de contratação de prestação de serviços, mesmo que os serviços sejam acessórios ao contrato de mercadorias, contratos de construções ou contrato de *set-off*, já que estes podem envolver atividades ou contrapartidas além da comercialização de mercadorias.<sup>13</sup>

E o terceiro elemento, aliado ao âmbito espacial e em razão da matéria, é em relação ao momento da formação do contrato com a proposta e o momento da celebração do instrumento, pois, se celebrados antes da entrada em vigor da Convenção, essa não poderá ser aplicada.<sup>14</sup>

Não obstante a aplicação ou exclusão automática nos casos acima arrolados pela Convenção, quaisquer partes contratantes, uma vez elegendo um tribunal arbitral para analisar eventual litígio, podem escolher que a relação entre elas, desde a formação do contrato e suas obrigações, seja regida pela presente uniformização, em decorrência da autonomia da vontade permitida pelos tribunais arbitrais, devendo a manifestação ser expressa.

---

<sup>13</sup> Na tentativa de deixar clara a matéria às quais a convenção não será aplicada, o artigo 2º as enumera sendo que de forma ampla, podemos dividir o mencionado artigo em grupos mesmos que os negócios jurídicos sejam realizados em Estados na qual a lei remeta à Convenção. O primeiro grupo é decorrente da natureza da utilização dos bens objeto do contrato, pois as mercadorias adquiridas para uso pessoal, familiar ou doméstico, exceto se o vendedor não sabia da destinação da mercadoria, não serão objeto da convenção. O segundo grupo decorre da forma pela qual a compra se tornou possível, já que as mercadorias adquiridas por meio de leilão ou por intervenção do Judiciário não serão objetos da uniformização proposta pela Convenção. O terceiro grupo decorre da natureza financeira do objeto do contrato, já que comercialização de créditos, títulos e dinheiros são excluídos. O quarto grupo é devido à natureza da mercadoria, excluindo as embarcações de grandes portes, navios, aeronaves e, por fim, a comercialização de eletricidade.

<sup>14</sup> O artigo 100, em seus itens (1) e (2), traça a diferença de momento para a aplicação da Convenção entre a proposta e o início do contrato, possibilitando, portanto, que a Convenção se aplique ao contrato, mas não a sua formação, caso entre em vigor durante a relação das partes.

Neste sentido, há defensores de que mesmos frente às exclusões da Convenção, as partes poderão eleger a norma uniforme em debate para ser aplicada por tribunais caso neste Estado, onde a aplicação da Convenção acontecer, se permita e seja aplicável a autonomia da vontade das partes. José Maria Rossani Garcez, afirma também que:

discutindo-se se os contratantes, mesmo domiciliados em países que não tenham adotado a Convenção (ambos ou apenas um deles), poderiam elegê-la como a “lei” a reger esse contrato. Essa escolha é tida em geral válida com base nos princípios da liberdade de contratar e da autonomia da vontade das partes. (GARCEZ, 1994, p. 45).

Essa colocação reforça a ideia da aceitação da aplicação da Convenção, mesmo frente aos grupos excludentes acima elencados, se as partes escolherem um tribunal, cujas normas estatais deste tribunal permitam e reconheçam a autonomia da vontade das partes contratantes.

#### 6.1.2. Da Recusa das Partes

Fato muito frequente nas relações comerciais das grandes empresas multinacionais é a celebração de contratos na qual se excluem a aplicação da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de mercadorias de 1980. Esta possibilidade em excluir a aplicação de suas normas é expressamente permitida na Convenção, sendo inclusive a manifestação expressa a única forma de afastar seus imperativos, uma vez que o contrato seja objeto da Convenção.

Devido a esta discricção dada às partes contratantes, diz-se que a Convenção tem caráter dispositivo, pois, embora adote um critério para aplicação automática, as Partes, a critério próprio, poderão deixar de aplicá-la total ou parcialmente, propiciando a liberdade de contratar sob seus auspícios.

Em decisão de 20 de maio de 2009, nº 1.902 (AUSTRALIA, 2009), a Corte Federal da Austrália, ao analisar contrato assinado por empresa australiana e empresa alemã, entendeu que ao estabelecerem no contrato que “*Australian law applicable*

*under exclusion of UNCITRAL law*<sup>15</sup> as Partes estão expressamente recusando a aplicação da Convenção, já que esta foi criada pela mencionada comissão da UNICITRAL.

Ainda o artigo 6º possibilita às partes derogarem ou modificarem os termos da Convenção, concedendo um alcance diferenciado ao previsto pelos artigos da Convenção.

### 6.1.3. Do Estabelecimento

Na sessão “Da aplicação da Convenção”, definiu-se que suas normas serão aplicadas se as partes tiverem estabelecimentos em Estados diversos. Neste sentido, o estabelecimento das partes contratantes é o elemento que caracteriza a internacionalidade do contrato para a Convenção, ou seja, tendo as partes estabelecimentos em Estados distintos, o contrato será considerado internacional, desde que “presumindo um movimento de mercadoria ou pagamento além das fronteiras de um só Estado.”(DINIZ, 2006, P. 604).

Embora a Convenção não explique o que é estabelecimento, Diego Ricardo Galán Barrera (2004, p. 53) menciona que:

Apesar de que la Convención tampoco define el concepto de establecimiento, según criterio unánime de la doctrina, se afirma que por él se entiende el lugar permanente y habitual donde el contratante desarrolla sus negocios. No se considera como establecimiento la residencia temporal de un contratante durante el tiempo en el cual se verifique la negociación.<sup>16</sup>

Entendemos assim que o estabelecimento será o domicílio da empresa ou a residência da pessoa física, quando esta não tiver estabelecimento, ou seja, um escritório comercial.

---

<sup>15</sup> Lei australiana aplicável com exclusão da lei da *Uncitral*. (tradução nossa).

<sup>16</sup> Apesar da Convenção não definir o conceito de estabelecimento, segundo critérios unânimes da doutrina, se afirma que por estabelecimento se entende o lugar permanente e habitual onde o contratante desenvolve seus negócios. Não se considera como estabelecimento a residência temporária de um contratante durante o período em que se verifica a negociação. (tradução nossa).

Diante deste elemento caracterizador de internacionalidade, a Convenção não considera a nacionalidade das partes, nem o caráter civil ou comercial estabelecido nas negociações como elementos que possam caracterizar o contrato internacional para estar sujeito aos seus imperativos. O que é salutar para a Convenção é o local do estabelecimento das partes e o objeto da transação comercial, como vimos. O critério adotado pela convenção é bem objetivo: o estabelecimento das partes contratantes.

Uma boa identificação do local do estabelecimento dos contratantes é fundamental sendo que se o negócio é celebrado sem que exista a consciência da internacionalidade, ou seja, que o estabelecimento de uma das partes é outro Estado, repudia-se a aplicação de suas normas.<sup>17</sup>

E por fim, a Convenção trata da situação em que uma das partes contratantes tenha mais de um estabelecimento. Neste caso, o estabelecimento a ser considerado para efeito de aplicação da convenção será aquele que tem relação mais estreita (i) com o contrato e (ii) com seu cumprimento – levando em conta as circunstâncias conhecidas ou previstas pelas partes em qualquer momento antes ou no momento da celebração do contrato.

Eventual mudança de estabelecimento, posterior à assinatura do contrato ou decorrente de evento imprevisível, não altera o estabelecimento para efeito do contrato. Esta premissa busca evitar fraude com mudanças de estabelecimento para alterar aplicação de leis, seja da própria Convenção ou aplicação de direito internacional diverso do conhecimento pelas partes no momento da celebração.

#### 6.1.4. Do Objeto da Convenção

Entre as inúmeras possíveis fases de um contrato do comércio, a Convenção escolheu tratar de apenas de três situações: da formação do contrato, das obrigações do Vendedor (e as medidas possíveis ao comprador em caso de violação do vendedor) e das obrigações do Comprador (e as medidas possíveis contra o

---

<sup>17</sup> O artigo 1.2, deixa clara a possibilidade de a parte rejeitar a aplicação das normas, se em nenhum momento, seja na negociação, nas trocas de documentos, seja na conclusão do contrato, uma das partes não sabia, não tinha consciência de que a outra tinha seu estabelecimento em Estado distinto.

comprador pelo vendedor). Neste sentido, a Convenção abrange em seu conteúdo matéria de direito substantivo a respeito da venda de mercadorias e também regula questões mais genéricas a respeito de contrato em geral. (HUBER e MULLIS, 2007, p. 1).

Portanto, não é objeto da Convenção, por exemplo, a validade do contrato ou de suas cláusulas, nem os efeitos que o contrato produz sobre a propriedade da mercadoria vendida, assim como a transmissão de propriedade e seus requisitos, responsabilidade decorrente de danos corporais. Nestes casos, aplicando-se os imperativos do direito internacional privado das partes.

#### 6.1.5. Da Interpretação

A Convenção proporciona orientação aos seus aplicadores de como interpretar seus artigos, bem como suprir eventuais lacunas. Neste sentido, indica que genericamente se deve interpretá-la levando em conta (i) o seu caráter internacional, (ii) a necessidade de uniformizar a sua aplicação e (iii) assegurar a aplicação da boa-fé no comércio internacional.

Interpretar a Convenção considerando seu caráter internacional tem por finalidade evitar que os termos nela utilizados sejam comparados imediatamente às expressões ou institutos existentes no cenário nacional dos Estados. Assim, pede-se cautela ao interpretá-la, já que poderá sim haver situações em que sejam idênticos os termos ou institutos, entretanto isto não deve ser feito de forma automática.

A necessidade de aplicação uniforme tem a intenção de fazer com que os árbitros e juízes utilizem-na sempre com o mesmo entendimento, ou seja, sempre que uma corte for utilizá-la busque verificar se os artigos em análise foram utilizados em casos semelhante com a mesma interpretação, fortalecendo-se o entendimento de cada artigo.

Em relação à interpretação de acordo com a boa-fé torna-se mais delicada a interpretação, devido à subjetividade envolvida. Neste ponto, lançam-se algumas críticas, já que difícil é para se encontrar um padrão de boa-fé, principalmente quando se lida num cenário internacional. Sendo que a aplicação prática da orientação é difícil, como bem pondera Huber e Mullis. (2007, p. 8).

Já nos casos de lacunas, as omissões serão resolvidas de acordo com os princípios gerais do direito em que se respaldam a Convenção e, na falta de princípio que sejam aplicáveis, o aplicador deve voltar a olhar para direito interno, aplicando a lei definida pelo direito internacional privado.

Em decisão de caso envolvendo comprador alemão e um vendedor chinês, o tribunal de arbitragem chinês (CHINA, 2000) aplicou a Convenção de Viena (1980), já que as Partes têm domicílio em Estados-Partes da Convenção, e determinou a aplicação subsidiária da lei de direito internacional do país do vendedor, com fundamento no artigo 7º, que trata da interpretação da Convenção, definindo que:

Article 7 of the CISG sets forth the rule for determining the principles and law applicable as supplementary legal rules. In accordance with the applicable rules of private international law, the Arbitration Tribunal holds that the supplementary legal rules shall be the rules of national law at the [Seller]'s place of business. And for procedural issues, the Arbitration Tribunal will primarily rely on the arbitration rules set by CIETAC, with the arbitration procedural rules at the place of arbitration as supplementary references". (grifo nosso).<sup>18</sup>

Já para interpretar as declarações das partes, o aplicador deve considerar a intenção das mesmas, sempre que a outra parte tinha conhecimento, ou pelas circunstâncias, seria possível saber qual a intenção da outra contratante. Não sendo conhecida a intenção, vale a intenção que uma pessoa razoável (homem médio) daria na mesma situação, levando-se em consideração todas as circunstâncias pertinentes, especialmente a forma em que a negociação ocorreu, os usos já estabelecidos entre elas e o comportamento ulterior das partes.

#### 6.1.6. Da Forma do Contrato

---

<sup>18</sup> Artigo 7º da CISG estabelece a regra para determinar os princípios e legislação complementares aplicáveis às regras jurídicas. De acordo com as regras aplicáveis de direito internacional privado, o Tribunal Arbitral entende que as normas complementares legais serão as regras do direito nacional no lugar do [Vendedor] do negócio. E, nas questões processuais, o Tribunal Arbitral basear-se-á principalmente nas regras de arbitragem definidas pela CIETAC, e nas normas processuais de arbitragem, que servem como referências complementares. (tradução nossa).

Objetivando minimizar as formalidades e aumentar a aplicação de suas normas, a Convenção aceita documentos escritos, mesmo sem a aparência de contratos, por exemplo, um telegrama, telex e e-mail<sup>19</sup>, ou mesmo tratativas verbais, que podem decorrer da prática dos costumes existentes entre as partes<sup>20</sup>. Não havendo documento escrito, as partes poderão utilizar-se de testemunhas para provar a relação existente entre as mesmas.

A única exigência da Convenção em relação à formalidade é que uma vez adotada uma forma, essa deve ser seguida, devendo haver uma continuidade da forma eleita, ou seja, se as partes têm toda a relação regida por conversas telefônicas, não seria aceito pela Convenção um termo de aditivo contratual que altere as tratativas verbais. Ainda, se o comércio se inicia por meio de um contrato escrito assinado pelas duas partes, qualquer alteração futura somente será reconhecida se também estiver escrita e assinada por ambas às partes.

#### 6.1.7. Da Formação do Contrato

Por formação do contrato deve-se entender a oferta e sua aceitação, pois somente com estes dois elementos haverá a formação do contrato.

Para a Convenção, a proposta gera efeitos com a sua recepção. Com vistas a evitar que as suas normas se apliquem a qualquer documento recebido pela outra parte, a Convenção estabelece diferença entre convite a fazer proposta e proposta, em si, a qual, somente na última, há a sua efetiva aplicação.

O convite a fazer proposta se caracteriza quando não estão presentes todos os elementos necessários para que o destinatário conheça todas as condições da relação a ser estabelecida entre as partes. Neste caso o potencial comprador/vendedor conhece apenas algumas das condições na qual a outra parte tem a intenção de fazer negócio.

---

<sup>19</sup> O termo e-mail não consta da Convenção, entretanto é pacífica a sua aceitação. Este entendimento pode ser conferido em HUBER e MULLIS. (2007, p. 78).

<sup>20</sup> Com fundamento no artigo 9º, Huber e Mullis reforçam que para ser considerado como uma prática conhecida pelas partes, a prática deve ser comum, tanto no local do estabelecimento do vendedor quanto do comprador, caso contrário fica muito difícil se provar o conhecimento das partes. (HUBER e MULLIS, 2007, p. 19).

Já a oferta se caracteriza pelo envio à outra parte de todos os elementos que regerão o futuro comércio entre as partes, tendo efeito somente quando recebida pelo destinatário. A Convenção menciona que a proposta deverá ser (i) precisa, a qual deve conter a especificação da mercadoria, a quantidade que se propõe a vender ou comprar, podendo a quantidade estar expressa ou tacitamente indiciada na oferta e conter os valores (ii) dirigida a pessoas determinadas, mesmo que seja dirigida a mais de uma pessoa, porém direcionada e (iii) a intenção do autor da proposta em se obrigar a cumpri-la com a aceitação do destinatário.

Já para revogar a oferta, a Convenção utiliza-se de dois termos para bem dividir o momento de rejeitar a proposta pelo autor ou pelo destinatário: “withdraw” e “revocation”. O *withdraw*, ou suspensão, trata do arrependimento do envio da proposta ao destinatário antes de seu recebimento, bem como da confirmação pelo destinatário antes do recebimento pelo autor. Já o *revocation*, revogação, trata do momento em que cada uma das partes já recebeu a proposta ou confirmou sua aceitação. (HUBER e MULLIS, 2007, p. 80).

Neste sentido, a Convenção indica que existem dois tipos de ofertas: a revogável e a irrevogável, sendo irrevogável aquela que consta ser desta forma, ou seja, traz em seu corpo a linguagem de ser irrevogável, ou que tem prazo de validade ou contém outra condição futura a qual, apenas esta condição, colocará fim à proposta, não podendo ser cancelada pelo autor. Todavia, o autor, ao enviá-la ao destinatário, poderá enviar a recusa (o *withdraw*), e esta somente será aceita se recebida antes da oferta.

Somente o destinatário pode alterar a condição da oferta de irrevogável para revogável e isto ocorre quando expressamente recusa a oferta antes de ocorrido o termo. Neste caso, mesmo que o destinatário que deu fim antecipadamente à proposta mude de ideia e queira seguir com a relação anteriormente proposta, não será possível, sendo que novo processo deverá ser iniciado.

Demais casos são propostas revogáveis, sendo a regra geral da Convenção.

As propostas revogáveis podem ser suspensas pelo autor apenas se o destinatário ainda não se manifestou pela aceitação, ou seja, podem apenas sofrer o *withdraw*.

A alteração da oferta gera consequências em relação à aplicação de determinado direito internacional privado para situações não previstas na Convenção, pois a Convenção considera que haverá uma contraoferta, cancelando a anterior, quando o destinatário realizar alterações substanciais na proposta recebida.

Não obstante a Convenção determine que a substituição ocorrerá apenas quando a alteração for substancial, o artigo 19.3 enumera as situações em que possam ser consideradas como substanciais as alterações de lugar, preço, quantidade ou de data da entrega já são consideradas como passíveis de cancelar a proposta inicial desde que afetem a proposta inicial. (HUBER e MULLIS, 2007, p. 90).

Por outro lado, caso venha a ser o ofertante inicial, vale a pena, por meio do item 19.2, objetar qualquer alteração e condicioná-la à emissão de nova carta, e não aceitá-la como novo destinatário.

Já a aceitação da oferta caracteriza a consequente formação do contrato e poderá ser manifestada de forma expressa ou tácita pelo destinatário. Se expressa, passará a gerar efeitos a partir do momento que chegue ao ofertante, sendo empregada a teoria da agnição, na classe subteoria da recepção pelo proponente, pois somente assim poderá “surtir efecto la aceptación de la oferta”, conforme artigo 23.

Já a manifestação tácita ocorre quando a manifestação de aceitação acontece com base nos costumes que as partes empregam ou em decorrência do que estabelece a própria oferta, ou seja, se a oferta não exigir a aceitação formal do destinatário, mas desde já, aceitar que as mercadorias sejam despachadas ou que imediatamente o pagamento referente a uma compra seja feito. O autor Huber e Mullis (2007, p. 85) reforçam que os atos de natureza preparatórios também representam a aceitação da oferta. Estas atitudes, desde que conhecidas pelo ofertante, não requerem um documento do destinatário para se manifestar que aceita os termos da oferta para que se vincule a ela.

O silêncio não implica aceitação da oferta, diversamente do que pode ser aplicado em diversos sistemas legais. A Convenção é expressa neste sentido, com a finalidade de proteger o destinatário, caso contrário, estaria obrigado a responder às inúmeras propostas que poderia receber sem qualquer interesse no negócio sendo proposto. (HUBER e MULLIS, 2007, p. 86).

Estas ações passam a ter efeito no momento da sua execução e, ainda, em observância ao artigo 23, o contrato se forma a partir do momento em que o

destinatário inicie as ações de forma a considerar que a oferta não exigia resposta, assim o contrato já gera efeitos.

A aceitação tardia do destinatário da proposta ficará condicionada à aceitação, sem demoras, do ofertante da proposta. Caso a resposta seja tardia devido a fatores anormais, espera-se que o autor manifeste a sua opinião quanto ao aceite ou não, sendo que a sua omissão, neste caso atípico, caracterizará que está estabelecida a relação entre as Partes. Essa comunicação também deverá ser sem demoras.

Neste ponto, vale uma ressalva importante, pois quando analisamos o comércio internacional, pode ser possível que o ofertante não tenha ciência de fatores anormais que tenham acontecido no país do destinatário, e ao receber a aceitação tardia, pode-se correr o risco de ignorá-la, entendendo que o prazo já se escoou, dando a relação como não iniciada. Por outro lado, frente à omissão de declínio do ofertante, o destinatário é levado a entender que o contrato se formou, pois havendo situações atípicas, a omissão do autor indica a aceitação. Por isso, aos comerciantes internacionais exige-se conhecimento de eventos que ocorrem no mundo, bem como necessidade de comunicação constante com a outra parte.

#### 6.1.8. Do contrato

##### 6.1.8.1. Obrigações do Vendedor

Várias são as obrigações do vendedor de mercadorias, sendo que a Convenção não inova quanto as atividades esperadas do vendedor, mas sim traça algumas situações, conforme veremos.

Em relação ao local de entrega<sup>21</sup>, o vendedor deverá entregar a mercadoria no local definido no contrato, entretanto, sendo este omissivo quanto à entrega, entende-se que o vendedor deverá entregá-las no local de seu estabelecimento do momento da celebração do contrato. Se for necessário utilizar-se de transporte, situação em que o comprador fique em local distante, o vendedor deverá entregá-las ao primeiro transportador. Diz-se primeiro porque poderá haver a troca de transportadores. Se o

---

<sup>21</sup> Art. 31.

vendedor fosse obrigado a entregá-las no estabelecimento do comprador, o vendedor estaria obrigado a contratar todos os transportes necessários para que a mercadoria chegue ao local pactuado entre as Partes. Havendo necessidade de produzir, extrair ou determinar as mercadorias, o vendedor deverá deixá-las à disposição do comprador no local da realização das atividades, ou seja, da produção, extração ou da indicação. A entrega da mercadoria nem sempre coincide com o momento em que a transmissão do risco do vendedor passa para comprador, pois a entrega da mercadoria e a transmissão do risco são institutos diferentes que devem ser cuidadosamente analisados.

A data da entrega<sup>22</sup> deverá ser no dia ou no prazo definido no contrato, e, em caso de omissão na data da entrega, a Convenção estabelece que a mesma deverá ser realizada em um prazo razoável, sendo este aquele período em que o vendedor teria para produzir ou finalizar a mercadoria antes de despachá-la ao comprador ou ser coletada por este. A entrega antecipada é possível<sup>23</sup>, podendo o vendedor inclusive fazer correções ou substituições necessárias dentro do prazo desde que não cause problemas ou inconvenientes excessivos ao comprador.

Ao comprador cabe solicitar perdas e danos decorrentes da entrega antecipada, sendo esta indenização muito bem apontada pela Convenção, pois ao conceder ao vendedor a possibilidade de entrega antecipada, isto pode colocar o comprador em uma posição desfavorável, pois o custo de seu inventário pode aumentar antecipadamente, bem como ter que se preocupar com a armazenagem dos produtos que chegam antecipadamente. Ainda, o vendedor, utilizando-se das entregas antecipadas, poderá fazer a substituição, e o comprador não terá argumentos para alegar que utilizaria as mercadorias, pois seu prazo de entrega não aconteceu. Não obstante esta permissão, o art. 52.1 concede ao comprador o direito de decisão final quanto aceitar ou recusar a entrega antecipada.

Em relação à guarda das mercadorias, uma vez aceitas, caberá ao comprador guardá-las. Havendo recusa e não podendo o vendedor imediatamente cuidá-las, o comprador manterá a guarda, mas a expensas do vendedor.<sup>24</sup>

Não há que se olvidar da obrigação de entrega dos documentos<sup>25</sup> aplicáveis que também é muitas vezes de responsabilidade do vendedor, pois este

---

<sup>22</sup> Conforme define o art. 33.

<sup>23</sup> Conforme define o art. 37.

<sup>24</sup> Conforme define o art. 86.

<sup>25</sup> Art. 31.

possui o melhor conhecimento para descrever a composição dos materiais, quantidade sendo efetivamente entregue e outras peculiaridades do produto. Assim, se pactuado pelas partes, o vendedor também deverá entregar os documentos necessários, incluindo aqui os necessários para a importação, exigidos nas alfândegas e dentro do prazo negociado. Huber e Mullis, de forma objetiva, indica que “If the seller is not to be in breach of contract, he must perform both documentary obligation and the ‘physical’ obligations in relation to the goods.”<sup>26</sup> (HUBER e MULLIS, 2007, p. 126).

A prática tem mostrado que muitos exportadores não conhecem as exigências alfandegárias de países para qual seu produto é enviado, assim muitas vezes o comprador precisa contatar o vendedor para que os documentos enviados sejam alterados de forma a atender todas as exigências locais. A obrigação de corrigir a falta de conformidade documental é do vendedor, cabendo ao comprador solicitar indenizações quando o dano for “excessivo” devido à inobservância do vendedor.

Neste ponto, pode-se verificar que a obrigação do vendedor é conhecer as exigências do país para o qual o material é exportado, sob pena de sofrer sanções pecuniárias aplicáveis que serão solicitadas pelo Comprador.

#### 6.1.8.1.1. Conformidade

É obrigação do vendedor entregar o material em conformidade com o detalhado no contrato, incluindo a qualidade, sem vícios ocultos, na quantidade exata, e na embalagem solicitada.

Entende-se que não haverá conformidade se as mercadorias definidas no contrato não estiverem adequadas às finalidades para as quais seriam habitualmente utilizadas ou não estiverem de acordo com finalidade que foi levada ao conhecimento do vendedor, exceto se as partes anuírem antecipadamente. Assim, mesmo que o produto apresentado esteja de forma diversa do que o convencional modo de produção/embalagem, sendo esta situação levada ao conhecimento da outra parte, haverá sempre a conformidade esperada. (HUBER e MULLIS, 2007, p. 134).

---

<sup>26</sup> Se o vendedor não está violando o contrato, ele deve realizar tanto a obrigação documental quanto a obrigação de entrega física das mercadorias. (tradução nossa).

O artigo 35.3 exonera a responsabilidade do vendedor caso o comprador tivera conhecimento ou não pudesse ignorar as situações identificadas acima como situações normais e negociadas no momento da celebração do contrato. Embora a existência desta provisão, entende-se que sua explicitude não seria necessária, pois o acerto de vontade das partes sobrepõe-se aos elementos acima alegados.

Neste sentido, na situação imaginária em que o comprador exige uma embalagem diversa, que não protege a mercadoria, o vendedor, neste caso, deverá aplicar a boa-fé e observar qualquer desvantagem ao comprador, este deve ser contatado no sentido de alertá-lo que não obstante a exigência contratual a embalagem diferenciada não protegerá a mercadoria. Neste ponto, o comprador avalia a situação e poderá confirmar ou não a embalagem originalmente proposta. Mantendo a embalagem original definida no contrato, não há que responsabilizar o vendedor caso as mercadorias se deteriorem ou se percam no percurso da entrega.

Com exceção das situações acima, o vendedor sempre será responsável pela falta de conformidade do produto no momento da transmissão do risco ou por falta de conformidade, mesmo que possa surgir depois da transmissão, se devido à falta de cumprimento das obrigações assumidas pelo vendedor.

Situação não diversa é em relação a conformidade jurídica, pois as mercadorias deverão ser entregues sem restrições, ou seja, sem direitos ou pretensões de terceiros referentes a direito intelectual e industrial, exceto mediante ciência da outra parte e autorização dos titulares dos direitos.

Aplicar-se-á concomitantemente a lei (i) do Estado em que o comprador tem o estabelecimento, (ii) de onde haverá a revenda da mercadoria e (iii) de onde se utilizará a mercadoria. As informações dos itens “ii” e “iii” devem constar no contrato para que o vendedor possa ter ciência do destino das mercadorias, caso contrário o vendedor não poderá avaliar a quais leis devem observar.

O vendedor não será responsável quando direitos ou pretensões de terceiros forem análogas aos desenhos ou fórmulas entregues pelo comprador ao vendedor, beneficiando assim o vendedor, pois a tendência é ter o comprador fornecendo a especificação, o que o exonerará da responsabilidade. A lógica é que aquele que oferece ou solicita um produto observe e tenha as cautelas necessárias em relação aos direitos inerentes em relação à mercadoria.

Apenas com a conformidade jurídica é que será possível o vendedor realizar a transferência de propriedade efetiva das mercadorias objeto do contrato, a qual, conforme a publicação da UNCITRAL, é a principal obrigação do vendedor. (UNCITRAL, 2008, p. 92).

#### 6.1.8.2. Obrigações do Comprador

Seguindo o mesmo parâmetro de obrigações definidas ao vendedor, as obrigações dos compradores sujeitos as regras da Convenção de Viena (1980) não são diversas, nem trazem novidades em relação as atividades usualmente conhecidas.

O pagamento do preço<sup>27</sup> é uma das obrigações do comprador que deverá seguir e observar todas as leis e regulamentos para que o pagamento aconteça. Assim, se a lei de determinado Estado exige que o contrato siga determinadas formalidades para que o pagamento seja efetivo, cabe ao comprador seguir as formalidades para que o vendedor receba o preço contratual.

Nos países do *Common Law* é comum que os contratos que estabeleçam apenas as condições jurídicas, deixando os valores para futura negociação ou atrelados a índices futuros. Países com tradições socialistas, como a Rússia, como vimos, exige que o preço conste do contrato sob pena de invalidez jurídica, por isso, nestes países em que o preço é essencial, a Convenção deverá ser empregada, mas sempre observando as cláusulas imperativas dos Estados. Assim na Rússia, o contrato deve ter preço, mesmo que regulado pela presente Convenção. Entende-se que o preço constante do contrato será sempre preço por peso net, exceto se tratado de outra forma.

O local de pagamento<sup>28</sup> será o do estabelecimento do vendedor no momento da assinatura do contrato, exceto se o contrato tratar diferentemente ou se o pagamento é mediante entrega das mercadorias, no local em que faz a entregas das mesmas.

---

<sup>27</sup> Art. 54.

<sup>28</sup> Art. 57.

O momento do pagamento<sup>29</sup>, em caso de omissão contratual, será quando as mercadorias e documentos estiverem à disposição do comprador. Todavia, o vendedor poderá exigir o pagamento como condição para a efetiva entrega da mercadoria, sendo neste caso (e em qualquer outro, mas neste muito mais importante) conferido ao comprador o direito de examinar as mercadorias antes de realizar qualquer pagamento.

Cabe ao comprador receber as mercadorias, realizando todos os atos razoáveis para que o vendedor possa efetuar a entrega das mesmas, devendo "*Hacerse cargo de las mercaderías*"<sup>30</sup>.

Ao recebê-las, o comprador deverá examiná-las no prazo mais breve possível, levando-se em consideração o tempo depois que as mercadorias chegaram ao destino. Havendo novo destino que era de conhecimento do vendedor, o prazo iniciará a partir do recebimento neste novo local.

Havendo defeitos, a comunicação deverá indicar a natureza do defeito e a mesma deverá ser realizada dentro de um prazo razoável depois do conhecimento ou em um prazo no qual o comprador deveria ter tomado conhecimento da evicção.<sup>31</sup>

Por fim, aplicável aos contratos que possibilitam ao comprador futuramente indicar a especificação das mercadorias, deve-se o comprador providenciar futura especificação em prazo determinado ou, em caso de omissão quanto ao prazo, em momento posterior à assinatura do contrato. Não fazendo e sendo notificado pelo vendedor, este proporá a especificação, dimensões e outras características e as enviará ao comprador, fixando um prazo razoável para que o comprador conteste. Caso o comprador fique omissos, a proposta do vendedor terá efeito vinculante.

#### 6.1.9. Transmissão do Risco

---

<sup>29</sup> Art.58.

<sup>30</sup> Art. 60(b).

<sup>31</sup> Estando impossibilitado de realizar a notificação por motivo justo, o comprador poderá solicitar indenização pelos danos e prejuízos – exceto lucros cessantes – ou exigir a redução dos preços ao vendedor, em conformidade com o artigo 44.

A Convenção estabelece os momentos em que as partes realizam a transmissão de responsabilidade pelas mercadorias. Conforme a publicação da UNCITRAL (2008, p. 204), a regra geral é de que o risco é transferido no momento em que o contrato de venda é concluído, entretanto, se as circunstâncias indicarem, a transferência poderá ocorrer quando as mercadorias forem entregues ao transportador.

Assim, no caso de mercadorias que devam ser transportadas, deverá se analisar quais das partes têm a responsabilidade pelo transporte. Se de acordo com o contrato, o vendedor tem a responsabilidade pela guarda das mercadorias até a entrega ao transportado indicado pelo comprador, é neste momento que ocorre a transmissão do risco das mercadorias ao comprador, desde que mediante a comprovação (i) da expedição das mercadorias que deverão estar claramente identificadas e (ii) aviso ao comprador. A omissão na entrega dos documentos – obrigação acessória a da entrega da mercadoria – pelo vendedor não altera o momento de transmissão dos riscos, ou seja, o comprador recebendo as mercadorias, mas não os documentos mantém apenas o comprador como responsável.<sup>32</sup>

Se o comprador coletar a mercadoria no estabelecimento do vendedor, este transmite o risco a partir do momento em que avisa que as mesmas estão à disposição do comprador, devendo as mercadorias, neste caso, estarem claramente identificadas e individualizadas, atendendo as exigências do artigo 69.3, que condiciona a transmissão das mercadorias e estas identificações.

Ainda, tratando da situação de mercadorias que são vendidas já em trânsito, ocorre a transmissão da responsabilidade desde a celebração do contrato ou a depender das circunstâncias, desde o momento em que se entreguem as mercadorias ao transportador. Coibindo a má-fé, sabendo o vendedor da deterioração ou perda das mercadorias antes de celebrar o contrato, este será o responsável, entretanto grande dificuldade terá o comprador para se provar o estado anterior ou o conhecimento do vendedor.

A perda ou deterioração da mercadoria após a transmissão do risco apenas liberará o comprador da obrigação pelo pagamento se o vendedor tenha realizado ação ou omissão que tenha dado causa.

#### 6.1.10. Resolução Contratual

---

<sup>32</sup> Conforme define o art. 67.

Para colocar fim a uma relação existente, a Convenção não exige solenidades, basta que seja de maneira clara e com cautela para que, se necessário, se tenham elementos para comprovar a manifestação de vontade neste sentido.

O término poderá ocorrer (i) em decorrência da intenção de uma das Partes em não dar sequência ao negócio celebrado, sendo que neste caso exige-se analisar o que foi previamente acordado entre as partes<sup>33</sup> ou (ii) por violação fundamental da obrigação, *fundamental breach of contract*, caracterizada pelo inadimplemento de uma das partes privando a outra substancialmente do que teria direito se a relação tivesse sido observada na sua integralidade.

A violação poderá resultar em direito a perdas e danos ou não, pois esta consequência está atrelada à culpa das partes, e não em decorrência do término contratual. Havendo circunstâncias em que não obstante a relação contratual permaneça, a parte faz jus à indenização, já que a resolução não ocorreu por falta de autorização da Convenção.

São duas as formas de violação fundamental de acordo com Ruy Aguiar Jr (1994, p. 7), uma se opera imediatamente e outra devido ao decurso do prazo suplementar concedido, na qual para efeito deste trabalho, denominar-se-á de violação fundamental real e violação fundamental presumida.

A violação fundamental real ocorrerá sempre que o vendedor ou o comprador frustem suas obrigações de forma a gerar efeitos a outra parte, privando-a de exercer outros direitos. Neste sentido, a demora por parte do vendedor para a entrega da mercadoria somente será caracterizada como uma violação fundamental se impedir o comprador de exercer direitos que, frente a omissão de vendedor, se encontra impossibilitado. Havendo o comprador recebido parcialmente as mercadorias, a resolução somente será permitida se a quantidade remanescente afetar essencialmente o contrato.

Já o comprador violará fundamentalmente na modalidade real se a mora do pagamento ou resistência em aceitar a mercadorias, por exemplo, afetar direitos do

---

<sup>33</sup> O artigo 29 define que para o término do contrato as partes deverão seguir as exigências contratuais. Todavia, se as partes por mútuo acordo não seguem as exigências contratuais, nenhum das partes poderá alegar que houve violação ao contrato, baseando-se apenas nas ações da outra parte.

vendedor. Entretanto, tendo o vendedor recebido o pagamento pelas mercadorias, mas se recusando o comprador em recebê-las, o vendedor não poderá terminar o contrato, pois não há direito sendo frustrado e, neste caso, caberá apenas manter elementos que evidenciem seus esforços em cumprir com as suas obrigações contratuais, ou seja, a disponibilidade da mercadoria.

Neste sentido, Aguiar Junior (1994, p. 9) leciona que:

O disposto na alínea *b* dos arts. 49 e 64 conduz seguramente à idéia de que a inexecução da obrigação principal não é causa suficiente, só por si, para extinção do contrato: da inexecução da obrigação de entregar, de aceitar ou de pagar a mercadoria, não resulta necessariamente uma violação fundamental; o contrato permanece, se a falta não ocasionar “um prejuízo tal que a parte fique privada substancialmente daquilo que lhe era legítimo esperar”, ou, como diz Larenz, “quando a prestação tardia já for economicamente diversa daquela esperada” . Assim, por exemplo, nos contratos com data fixa, depois da qual desaparece o interesse do credor, a mora já é quebra substancial; nos outros, nos quais a data serve apenas para fixar a época da exigibilidade da obrigação ou auxilia na orientação programática das partes, o simples incumprimento é insuficiente para resolver circunstâncias do contrato, a natureza da prestação e o interesse da parte revelarão, a cada caso, a substancialidade do incumprimento.

Deve-se, portanto, analisar o resultado da conduta faltosa, e não o descumprimento da parte.

Já a violação fundamental presumida decorre da não atenção ao prazo suplementar concedido para as atividades dos artigos art. 49(b) e art. 64. Nestas situações sendo concedido um prazo adicional à parte para entregar as mercadorias, realizar o pagamento ou aceitar as mercadorias, e nada for realizado, independente do resultado, tem-se uma violação fundamental, sujeitando o contrato ao término.

Em relação à possibilidade de conceder prazos adicionais, a Convenção determina que as partes poderão anuir com prazos adicionais que a outra parte venha solicitar por meio de notificação, ficando a critério da parte aceitar ou não, entretanto, a omissão da resposta significa aceitação de novo período. Ainda, uma vez anuído o novo prazo, vetam-se ações contra a outra parte antes do percurso deste, exceto se já tiver concedido prazo adicional, e a outra parte o notifique de que não cumprirá com o novo período.

Estando caracterizada a violação fundamental real ou presumida, a parte inocente terá a autorização da Convenção para resolver o negócio jurídico, fazendo jus às devidas indenizações.

Na publicação da UNCITRAL (UNCITRAL, 2006, p. 194) de forma mais objetiva, confirma-se o entendimento afirmando que dois casos são especificados no artigo 64 que concede o direito do vendedor de terminar o contrato, que são: (i) se o comprador não paga o preço ou coleta a mercadoria dentro do prazo adicional ou (ii) se há violação fundamental de direitos do vendedor.

Havendo violação contratual, porém não fundamental, restará à outra parte apenas solicitar as indenizações aplicáveis e reembolsos por despesas, por exemplo, mas não poderá resolver o contrato justificadamente.<sup>34</sup>

Por fim, o término antecipado do contrato também é possível se antes da data do cumprimento da obrigação ficar claro que uma das partes incorrerá em violação, ou seja, incumprimento essencial do contrato. A parte que notar a violação, se tiver tempo, deverá comunicar com antecipação a outra parte para que esta possa dar segurança suficiente de que irá sim observar o contrato.

#### 6.1.11. Consequências da Resolução

O contrato libera a parte de suas obrigações, exceto quanto às indenizações por danos e prejuízos, cláusula de solução de controvérsias e cláusula que regule direito e obrigações das partes decorrente do término. Estas devem sobreviver após o término contratual.

---

<sup>34</sup> Embora não fique caracterizada a violação fundamental, o vendedor ainda mantém as seguintes obrigações: Dever de continuidade em cumprir com todas as obrigações assumidas, substituir ou consertar as mercadorias no caso de não conformidade, sendo que o comprador deverá manifestar sua intenção quando notificar ao vendedor da natureza da inconformidade e dentro do prazo razoável e indenizar o comprador, mesmo que substitua ou conserte a mercadoria entregue. Ainda, o art. 45.2 deixa claro que as ações de correção ou quaisquer outras que o comprador tome para que o contrato seja cumprido não o liberará da possibilidade de ainda solicitar indenizações pelos danos e prejuízos incorridos. O fato de não caracterizar a violação fundamental decorre da intenção em propiciar a continuidade da relação entre as partes.

Havendo a resolução contratual, as partes devem restituir o que não receberam da parte inocente, podendo, por exemplo, o comprador exigir a devolução do montante pago ou, o vendedor, a restituição das mercadorias entregues.

Na devolução de valores, o vendedor deverá fazer com os devidos juros, desde o momento em que recebeu o montante. Na devolução das mercadorias, seja total ou parcial, o comprador deverá abonar os valores de todos os benefícios que obteve enquanto esteve na posse das mercadorias. Mesmo que não seja possível restituir as mercadorias e terminado o contrato, esses valores deverão ser pagos. Ainda se o vendedor substituir as mercadorias, o comprador deverá abonar o que obteve de benefícios com as mercadorias substituídas.

Já em relação à indenização de danos e prejuízos, o valor da indenização compreende o valor da perda sofrida e dos lucros que a parte deixou de obter como consequência da violação.

Além da indenização pelos danos e prejuízos, o art. 75 também estabelece que a parte inocente poderá cobrar a diferença de compra ou de venda dos produtos em substituição ao contrato anterior, se novo contrato é celebrado dentro de um prazo razoável e de maneira razoável. Assim, havendo término do contrato, a parte que dá causa ao término contratual estaria obrigada ao pagamento da diferença do contrato que substitui aquele resolvido. Mencionado artigo busca, além da provisão genérica do artigo 74 aplicável a todas as situações que gerem danos, incluir uma obrigação adicional para os casos em que fique caracterizado o *fundamental breach of agreement*.

A publicação da UNCITRAL<sup>35</sup>, indica que de acordo com decisões de várias cortes, se tem o entendimento de que o propósito do pagamento de danos por meios monetários, tem como propósito colocar a parte inocente em uma posição econômica que ela estaria se o contrato tivesse sido realizado propriamente ou como alternativa, para compensar a parte inocente pelas despesas que razoavelmente incorreu em relação ao contrato quando o propósito daquelas despesas é perdido devido à violação contratual da outra parte (UNCITRAL, 2004, p. 221). Por esses motivos, o pagamento pelos danos é devido.

---

<sup>35</sup> As publicações do UNCITRAL são fontes de uniformização do texto convencional que se materializam através do Digestos. Os digestos são sistemas de pesquisas desenvolvidos pela UNCITRAL com vários juristas internacionais na qual trazem uma sinopse dos casos relevantes sobre a matéria de cada um dos artigos.

Em caso de violação do prazo suplementar, haverá a possibilidade de reduções de preços decorrente de atrasos na entrega a pedido do comprador. O vendedor pode ver-se obrigado a reduzir o valor das mercadorias se houver diferença de valores considerando-se o valor no momento em que as mercadorias deveriam ser entregues e o momento em que efetivamente foram.

A solicitação de redução de preço por parte do comprador não será aceita quando o vendedor faz as correções antes de escoar o prazo final ou se faz as entregas dentro do prazo adicional anuído pelo comprador, conforme o artigo 50.

#### 6.1.12. Limite no Montante da Indenização

O limite de indenização também é definido pela Convenção, com o fito de não prejudicar quaisquer das partes frente as constantes variações do mercado, a indenização sempre estará limitada àquilo que a parte violadora tinha previsão em relação aos danos que poderia a outra parte incorrer no momento da celebração do contrato. Havendo mudanças no mercado que aumentem os lucros da parte inocente após a celebração do contrato, esta nova margem de lucro, se não era prevista, não será passível de indenização pela parte violadora.

Mais uma vez a Convenção leva em consideração o relacionamento das partes, envolvendo o conhecimento delas em relação à aplicação e utilização da mercadoria. Desta forma, para minimizar a possibilidade de limites de indenização, importante as partes terem uma relação clara, divulgando perspectivas do mercado ou de lucro. Entretanto, sabemos que essa seja uma informação não vantajosa ao comprador para se colocar na mesa de negociações, mas por outro lado, perspectivas antipromissoras, de um ponto de vista contratual, não deveriam ser divulgadas, para não restringir potencial indenização que venha a ser discutida.

Enfim, a parte inocente ao invocar a violação do contrato deve ter atitudes e realizar medidas para minimizar os danos que decorreriam/decorrerão do término do contrato, agindo sempre com boa-fé.

#### 6.1.13. Exoneração

O vendedor poderá ser liberado de suas obrigações contratuais se fatos alheios a sua força ou de seus conhecimentos o afetar, ou afetar a seus terceiros ou contratados dos terceiros envolvidos na fabricação das mercadorias. Por fatos alheios caracterizam-se apenas aqueles que a parte não imaginava no momento da celebração do contrato, pois, caso contrário, deveria ter realizado ações para evitar ou superar as consequências do mesmo.

A exoneração é aplicável enquanto dure o impedimento e mediante aviso dentro de prazo razoável à outra parte, sob pena de não ser beneficiado pelo instituto da exoneração.

## 6.2. Convenção Interamericana sobre direito aplicável aos Contratos Internacionais.

Convenção criada no âmbito da Organização dos Estados Americanos – OEA – sendo assinada por Bolívia, Brasil, México, Uruguai e Venezuela, na cidade do México, em 17 de março de 1994, com o objetivo de uniformizar e propiciar a segurança jurídica nas transações comerciais realizadas na região interamericana, evitando conseqüentemente a possibilidade da incerteza quanto ao sistema jurídico aplicável nas relações de comércio, tendo como característica indicar o direito aplicável aos contratos internacionais.

A Convenção entrou em vigor em 15 de dezembro de 1996, após o depósito mexicano na secretaria-geral da OEA em 15 de novembro de 1996. Atualmente, apenas Venezuela e México ratificaram a Convenção, atendendo o requisito mínimo de duas ratificações para a sua entrada em vigor.

### 6.2.1. Contrato Internacional

Conforme entendimento da Professora Nadia de Araujo (2009, p. 194), para a Convenção, a internacionalidade do contrato está marcada por dois fatores. O primeiro deles é o fator geográfico, aplicável quando as partes contratantes tenham sua residência habitual ou estabelecimento comercial em diferentes Estados. O segundo fator decorre de pontos de contatos objetivos caracterizados “quando o contrato tiver vinculação objetiva com mais de um Estado Parte”<sup>36</sup>, ou seja, quando, embora as partes estejam localizada em um mesmo território, o contrato contenha um elemento que o conecte a mais de um Estado-Parte, o contrato será considerado como internacional.

Este último critério amplia em muito o elemento de internacionalidade do contrato, principalmente se comparado ao conceito existente na Convenção de Viena (1980), na qual o contrato depende do estabelecimento das Partes contratantes apenas.

#### 6.2.2. Aplicação da Convenção

A Convenção poderá ser utilizada para indicar o direito aplicável aos contratos em que figurem como partes os Estados (pelo menos em um dos pólos), entidades ou organismos estatais.

Não obstante a redação da Convenção do seu artigo 1º em não conter a palavra *também* ao definir que: “Esta convenção aplicar-se-á a contratos celebrados entre Estados ou em que forem partes Estados (...)”, a mais atualizada doutrina e a prática, conforme indica Maria Helena Masilla y Mejia (2004), entende que a presente convenção se aplica a relação entre particulares, com fundamento no artigo 1º, § 1º, ao estabelecer que “Entende-se que um contrato é internacional quando as partes no mesmo tiverem sua residência habitual (...)” (grifo nosso). Assim a convenção poderá ser utilizada para disciplinar contratos celebrados entre Estados, entidades ou organismos estatais e particulares.

Sem dúvida, quando se discute a aplicação de determinada convenção aos Estados, sabemos que frequentemente irá ser discutida a questão da soberania estatal e, para evitar problemas, ao Estado cabe fazer reservas quando achar apropriado para

---

<sup>36</sup> Conforme define o artigo 1º da Convenção.

que sua soberania não seja afrontada. Além disto, podemos citar o caso mexicano que, em 1998, por meio de decreto, foi realizada pelo governo a exclusão da Convenção nos casos em que o Estado figure como parte contratual.

Assim como na Convenção de Viena (1980), a temporalidade é importante, aplicando-se somente a contratos celebrados depois que a mesma tenha entrado em vigor no Estado em que é parte do contrato.

### 6.2.3. Recusa das Partes e Exclusões

Excluir a aplicação das normas da Convenção é possível, desde que conste de forma expressa no documento.<sup>37</sup> Ainda, o artigo 5º <sup>38</sup> traz as situações de exclusão material das normas da Convenção independentemente de manifestação de vontade das partes.

O motivo da exclusão tem dois fundamentos: (i) conteúdo alheio ao comércio como acontece nas alíneas “a” e “b” do artigo, pois a Convenção certamente não cuidará do direito aplicável a “questões derivadas do estado civil das pessoas físicas, capacidade das partes ou consequências da nulidade ou invalidade do contrato que decorram da incapacidade de uma das partes” e nem mesmo do direito aplicável a “obrigações contratuais que tenham como objeto principal questões sucessórias, testamentárias, de regime matrimonial ou decorrente de relações de família” e (ii) porque já existem convenções mais específicas que tratam dos assuntos de forma especial, como exemplo citamos a alínea “c”, pois já existe a Convenção Interamericana sobre conflitos de leis em matéria de letra de câmbio, pagamento e faturas. A alínea “e” se justifica, pois já existe a Convenção Interamericana sobre arbitragem comercial internacional, cujo conteúdo é focado no tema em questão, por

---

<sup>37</sup> Assim como definido na Convenção de Viena de 1980.

<sup>38</sup> O artigo 5º define que esta Convenção não determina o direito aplicável a:

- a) questões derivadas do estado civil das pessoas físicas, capacidade das partes ou consequências da nulidade ou invalidade do contrato que decorram da incapacidade de uma das partes;
- b) obrigações contratuais que tenham como objeto principal questões sucessórias, testamentárias, de regime matrimonial ou decorrentes de relações de família;
- c) obrigações provenientes de títulos de crédito;
- d) obrigações provenientes de transações de valores mobiliários;
- e) acordos sobre arbitragem ou eleição de foro;
- f) questões de direito societário, incluindo existência, capacidade, funcionamento e dissolução das sociedades comerciais e das pessoas jurídicas em geral.

isto se exclui a convenção em análise quanto tais matérias estiverem em análise. Por fim, a alínea “f”, que exclui a aplicação da presente uniformização, pois se busca que seja aplicada a Convenção Interamericana sobre conflitos de leis em matérias de sociedade mercantil.

Não obstante a taxatividade do artigo 5º para as situações específicas de exclusão material, o artigo 6º reforça o entendimento de que a Convenção também não será aplicável se o contrato em análise tiver uma regulamentação especial no direito convencional internacional vigente entre os Estados Partes da Convenção. Imagine a situação de que México e Venezuela tenham firmado uma convenção cujas normas disciplinem o transporte marítimo de gás. Neste caso, o contrato internacional que tenha relação com os dois países será regido por esta convenção autônoma, e não pela Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais.

#### 6.2.4. Novidades no comércio

Como a Convenção foi criada visando a aumentar o desenvolvimento econômico da região americana, a Convenção define que a mesma será aplicável às novas modalidades de contratação que venham a surgir, sendo que as adaptações necessárias às normas deveram ser realizadas dentro do possível de forma a acompanhar as necessidades dos mercadores.

#### 6.2.5. Interpretação e Aplicação

Ao interpretá-la e aplicá-la, deverá ser levado em consideração o caráter internacional e a necessidade de promover a uniformização de sua aplicação, assim como definido na Convenção de Viena de 1980.

#### 6.2.6. Determinação do Direito Aplicável

A Convenção permite que as partes elejam lei a ser aplicada ao contrato, sendo que o artigo 2º, inclusive, permite que as partes escolham qualquer direito, mesmo de Estados-não parte, ficando clara a existência do princípio da autonomia da vontade, possibilitando inclusive o *dépeçage*, podendo a escolha das Partes referir-se à totalidade ou a uma parte do contrato. (DINIZ, 2006, p. 602).

A professora Nadia de Araujo considera como caráter universal da Convenção a possibilidade de se aplicar direito de um Estado – não Parte. (ARAUJO, 2009, p. 194).

A justificativa desta ampla liberalidade de escolha é dada com base em que os Estados, que também podem ser partes de contrato internacional objeto da Convenção, poderiam argumentar o poder de soberania para escolherem a lei que lhes melhor entendessem. Ainda, não se poderia deixar de observar a grande tendência mundial por deixar que o negócio jurídico seja conduzido puramente pela intenção e vontade das partes.<sup>39</sup>

Não obstante a liberdade concedida, há uma grande discussão doutrinária para saber se as partes poderiam realmente escolher qualquer direito ou somente leis estatais. Em uma interpretação sistemática de vários artigos da Convenção, o professor Jacob Dolinger justifica que a Convenção mantém os princípios clássicos da escolha da lei pelas partes, ou seja, possibilitando apenas escolherem leis estatais. (DOLINGER, 2007, p. 331). Já para o professor americano Junger, as partes poderiam sim escolher leis anacionais, incluindo normas de organismos internacionais como da UNIDROIT ou *lex mercatória*. (JUNGER, 1994 *apud* DOLINGER, 2007, p. 331)

Ainda, Juenger expressa seu ponto de vista sobre o produto final do artigo 9 (1), que certamente não agrada os puristas, mas conseguiu chegar a um meio-termo, misturando o princípio da *proper Law* com uma abordagem substantiva do tema. (JUNGER, 1994 *apud* DOLINGER, 2007, p. 332). Isso permitirá aos aplicadores da convenção utilizarem-se, por exemplo, dos princípios do UNIDROIT, permissão que a Convenção de Roma não contemplou. A seguir, artigo 9 (2) continua com princípios da *lex mercatoria* que deverão servir como guia. (ARAUJO, 2009, p. 195)

---

<sup>39</sup> Professora Nadia de Araujo indica que a proposta pelo princípio da autonomia da vontade durante a V Conferência na cidade do México “não foi objeto de muitas críticas. Muito pelo contrário, a maioria das delegações manifestou-se por sua adoção, ressaltando que a mudança era imperativa na maioria das legislações que não as possuíam”. (ARAUJO, 2009, p 191).

Sem entrarmos nas análises de interpretação sistemática muito bem-elaboradas pelo professor Jacob Dolinger (2007, p. 333), ao atentarmos ao artigo 7º, notamos que a sua literalidade menciona que as partes poderão escolher qualquer direito e não qualquer lei, o que a princípio possibilita sim às partes escolherem qualquer norma ou princípio, o que lhes aumenta o grau de autonomia<sup>40</sup>. Ainda, com base no provérbio *Cui licet quod est plus, licet utique quod est minus*, se as partes têm total possibilidade de renunciarem a aplicação da Convenção, entende-se que poderiam escolher quaisquer direitos e princípio para guiá-las em eventual lide sob a direção da presente Convenção.

Caso a lei escolhida se resulte ineficaz por qualquer motivo ou, não seja possível determinar qual a lei que as partes tinham intenção de escolher, aplica-se o princípio da proximidade. Nesta circunstância a Convenção soluciona deixando um critério suplementar de escolha, afirmando que se deverão analisar (i) as condutas das partes e (ii) cláusulas contratuais, com o objetivo de buscar entender qual a lei que as partes teriam escolhido, não obstante a sua omissão.

Para entender os elementos que caracterizam o vínculo do contrato, a Convenção determina que os Tribunais devem levar em consideração os elementos objetivos e subjetivos do documento. Além disto, indica um critério substantivo no qual os Tribunais deverão adotar, indicando que os princípios gerais do direito comercial internacional também deverão ser levados em conta.

A Convenção adota a “regra dos vínculos mais estreitos no artigo 9, com a recomendação de que o juiz leve em consideração todos os elementos subjetivos objetivos que se depreendam do contrato para a determinação do direito aplicável”. (ARAUJO, 2009, p. 198).

Ainda, para auxiliar nos critérios de determinação da lei aplicável, estabelece que sempre que necessário, com a finalidade de assegurar a justiça e equidade, aplicar-se-ão outros critérios substantivos: as normas, os costumes, os princípios do direito comercial internacional, os usos e as práticas comerciais de aceitação geral, conforme define o artigo 10º. Em consequência disto, a Convenção permite que os tribunais se debrucem sobre outras convenções como a Convenção de Viena (1980), práticas da *lex mercatoria* e princípios do UNIDROIT, por exemplo, para auxiliá-los na determinação da lei concreta. (ARAUJO, 2009, p. 198).

---

<sup>40</sup> Professora Nadia indica que na versão em francês da Convenção a expressão utilizada é *loi*, enquanto na versão em espanhol e em português temos a palavra *derecho* e *direito*, respectivamente, o que pode minimizar o conflito de interpretação. (ARAUJO, 2009, p. 195).

Seguindo o mesmo raciocínio que permite às partes escolherem mais de uma lei ao contrato, havendo partes separáveis do restante, a esta parte poderá ser aplicável um direito diverso do restante do contrato se houver um elemento de conexão mais marcante a esta parte, todavia a Convenção determina que será a título excepcional, permitindo-se a *depeçage*, com a possibilidade de ter mais de um direito regendo os contratos, possibilitando às partes escolherem um direito para definir as obrigações do vendedor e outro direito para definir as obrigações do comprador, por exemplo.

A Convenção reforça a diferença entre a escolha do foro e a escolha da lei de regência, pois sabemos que a lei aplicável cuida do critério material da lei, e o foro deverá aplicar a lei escolhida pelas partes com observância a essa convenção. Consequentemente,

a eleição de determinado foro pelas partes não implicava necessariamente a escolha do direito aplicável, recusando-se, assim os idealizadores da convenção, a estabelecer a eleição de foro como uma modalidade de escolha tácita da lei aplicável (ARAUJO, 2009, p. 196)

Por fim, é possível a qualquer momento desde que anuído pelas partes a alteração da lei de regência, permanecendo o direito inicial para definir a validade formal e direito de terceiros inalterado, visando assim a coibir as fraudes ou a violar direitos de terceiros.

#### 6.2.7. Imperatividade

Não obstante todo acima descrito, a Convenção ressalva que se aplicarão as disposições do direito do foro quando forem de caráter imperativo. Neste sentido, a professora Nadia de Araujo indica que:

pelo que consta da redação final, temos que as normas imperativas aplicar-se-ão necessariamente quando existentes no foro, não impedindo com isto a aplicação da lei designada de acordo com as normas dos artigos 7º e 9º. Por outro lado, a exceção da ordem pública, consagrada no artigo 18, tem o condão de excluir o direito designado pela convenção. (ARAUJO, 2009, p. 199).

Situação reversa ocorre quando a lei sendo aplicada considera imperativo elemento que o Estado aplicante não o considere, neste caso a convenção deixa a critério, “a discricção”, este Estado manter o caráter imperativo da norma do local em que o contrato mantiver seu principal vínculo.

#### 6.2.8. Existência e validade do contrato

A lei escolhida pelas partes ou identificada em conformidade com a Convenção é a que determinará a validade do contrato, de suas disposições e a validade substancial do consentimento das partes. Por isto é de essencial importância bem determinar e conhecer a lei que regerá um contrato, sob pena de invalidá-lo completamente.

Na hipotética situação em que o Estado venezuelano assine com um organismo estatal argentino contrato para a venda pelo governo venezuelano de livros didáticos na república da Argentina, sem qualquer observância ou pagamentos de impostos, sendo a lei de regência omissa e as partes não excluem a aplicação da presente Convenção. Nesta situação, os tribunais argentinos poderiam declarar a nulidade do contrato, pois a lei argentina exige que aos contratos devem ser recolhidos impostos de selos para que os mesmos sejam reconhecidos e analisados de acordo com a lei argentina, sob pena de as partes omissivas responderem por evasão fiscal. Assim, imagine que a Venezuela tendo vendido livros e não recebendo os valores decorrentes da venda, ao cobrar o organismo argentino, poderia neste caso ver seus direitos contratuais frustrados e ainda sujeitos às penalidades de ser caracterizada a evasão fiscal.

Quanto à forma do contrato, se celebrado por partes que residem no mesmo Estado, o documento poderá ser considerado válido se atender o direito que rege o contrato ou do direito em que for celebrado ou executado, ou seja, local onde as Partes estão. Se celebrado entre ausentes, a validade da forma do contrato, para ser válida, deve atender a lei do direito que o rege ou ao definido em um dos Estados em que for celebrado ou no local de sua execução, aumentando a possibilidade de considerar o contrato válido.

#### 6.2.9. Possibilidade de alteração da Lei de Introdução ao Código Civil.

Conforme este trabalho indicou, a Convenção Interamericana foi assinada pelo Brasil, porém não ratificada, já que o Projeto de Lei nº 4.905/95, que apresentou a Convenção para o Congresso Nacional foi retirada do Congresso pelo Poder Executivo e por isto nunca ratificada.

Contudo, considerando que a mencionada Convenção permite a autonomia da vontade das Partes, uma vez ratificada, seria necessário alterar o conteúdo do artigo 9º da Lei de Introdução, pois caso contrário haveria a inconsistência no sistema. Este cenário seria um marco inicial e forte para aumentarem as defesas pela autonomia da vontade no cenário nacional que estaria acompanhando a tendência global. Desta forma, Nádía de Araújo aduz que:

O projeto foi retirado do Congresso Nacional pelo Poder Executivo, e embora representasse o amadurecimento da posição tomada pelo Brasil no México, pois não faria sentido ratificar a convenção do México e manter os princípios da LICC com ela inconsistentes, entendemos que a modificação da legislação poderia ser feita de outra forma. É preciso enviar a Convenção do México ao Congresso Nacional e garantir sua aprovação não só entre os países signatários, mas aproveitar a oportunidade de substituir o artigo 9º da LICC pelo seu texto, para que suas disposições sejam aplicáveis a todos os contratos internacionais conectados com o ordenamento jurídico brasileiro. (ARAUJO, 2009, p. 201).

Neste sentido, Maria Helena Diniz (2006, p. 661) indica que com a ratificação do Brasil da Convenção Interamericana ficará superado o atual critério – *Lex loci celebrationis* –, que impede a autonomia da vontade na escolha da lei aplicável ao instrumento, passando os contratantes a escolher a lei aplicável à relação que estão travando.

#### 6.3. Convenção de Direito Internacional Privado de 1928

A presente Convenção, também denominada de Código Bustamante,<sup>41</sup> é composta por regras a serem seguidas pelos Estados e pelas pessoas jurídicas internacionais que a ratificarem. Serve também como um guia direcionado aos Estados e aos juízes em caso de dúvida a qual direito aplicar quando mais de uma lei for de possível aplicação.

A criação deste amplo Código em 1928, que se encontra depositado na secretaria da União Panamericana, se dá em consideração às possibilidades de se intensificarem as relações além das fronteiras entre Estados<sup>42</sup> e, por isto, os Estados se preocupam em identificar qual a lei a ser aplicada em diversas situações. A Convenção não inova nem define novos ditames obrigacionais às Partes, mas sim disciplina a lei a ser observada em cada umas das situações de acordo com o relacionamento existente. Diferentemente do que ocorre na Convenção de Viena de 1980, na qual já define os direitos e obrigações aplicáveis às partes, Bustamante é um conjunto de lei de conexão, indicando qual a lei a ser aplicada e observada em situações que envolvam relações com outros Estados, remetendo às partes contratantes as leis internas próprias ou de outros Estados.

Neste sentido, Lafayette (PEREIRA, 1921 *apud* ARAUJO, 2009, p. 262) alega que a questão da autonomia da vontade das partes passou despercebida pela crítica, entre elas Valladão e Samtleben, já que o Código não é claro quanto à possibilidade de as partes elegerem a lei aplicável. Para Lafayette, a autonomia é limitada, pois sujeita as condições internas do direito nacional das partes, mesmo que o Estado fosse signatário do Código.

Além desta situação, o Código traz soluções em caso de dúvida ou falta de prévio acordo entre Estados. Como exemplo desta situação, podemos citar o artigo art. 285, que estabelece que em uma relação de fretamento de comércio marítimo, na falta de um contrato de adesão assinado pelas partes, a relação reger-se-á de acordo com a lei do lugar da saída das mercadorias.

Ainda, discorre-se sobre diversos assuntos passíveis de discussão na seara internacional, sejam tópicos de natureza pública ou privada, tais como contrato de seguros, relações de matrimônio, direito processual internacional, direito penal, extradição. Para tratar de tais temas, é composto de 437 artigos, permitindo reservas.

---

<sup>41</sup> O Código também tem esta denominação, pois elaborado pelo jurista cubano Antonio Sánchez y Bustamante.

<sup>42</sup> Conforme explicação indicada no próprio preâmbulo do Código.

O Brasil ao ratificar o Código fez apenas 2 (duas) reservas em relação ao elemento de conexão do domicílio conjugal para regular a separação de corpos e divórcio. Na época da ratificação, o Brasil adotava o critério de nacionalidade em sua lei Introdução ao Código Civil<sup>43</sup>, definindo ser a lei nacional da pessoa a que determinava a sua capacidade civil e os direitos de família (ARAUJO, 2009, p. 171). Demais Estados ratificantes fizeram diversas outras reservas.

Considerando a época em que foi elaborado, o Código representa um excelente trabalho para se criar a esperada uniformização, de acordo José Maria Garcez (1994, p. 44), entretanto, nota-se que a sua aplicação não foi e nem é efetiva, sendo que as atuais convenções internacionais, em decorrência de sua especialidade, naturalmente se sobrepõem a Bustamante, fazendo com que esta se reste esquecida pelos Estados.

Já em 1977, Amílcar de Castro Jr (AGUIAR JR, 1977 *apud* GARCEZ, 1994, p.44) escrevera a respeito da falta de aplicabilidade do Código:

(...) comenta, de modo crítico, ser sempre meio insegura a observância do Código Bustamante, aduzindo que convenções como estas muitas vezes não vingam. Além disso, valem para as jurisdições diferentes e não tem duração igual, já que cada Estado pode à vontade aderir a esta ou aquela convenção, e depois denunciá-la.

Na atualidade, a professora Nadia de Araujo, (2009, p. 172) citando Samtleben e Haroldo Valladão, indica outro motivo para o não sucesso do Código, tais como forma pela qual foi elaborado devido à generalidade de assuntos abordados e à liberdade de interpretação do Código as Estados, prejudicando a uniformização efetiva do instituto.

Outro ponto deixado aos Estados foi o da liberdade de interpretação do código segundo suas próprias normas internas, pois cabia aos Estados a definição dos institutos jurídicos e sua qualificação. Para Samtleben (1982 *apud* ARAUJO, 2009, p. 172), “sua influência no desenvolvimento do direito latino-americano não foi decisiva, em razão de suas deficiências de forma e de fundo, e ainda pela fórmula transacional adotada quando o consenso era impossível (...).”

---

<sup>43</sup> Não se trata da atual Lei de introdução ao Código Civil, mas sim a publicada no ano de 1916, conforme definia o artigo 8º.

Para o Professor Haroldo Valladão (1954 *apud* ARAUJO, 2009, p. 172), ao criticar o Código Bustamante e os Tratados de Montevideu, indica que “Esses diplomas procuraram abarcar muitos tópicos, e uniformizar de forma completa e total o Direito Internacional Privado, razão de seus fracos resultados.

Como exemplo da liberdade concedido aos Estados é a possibilidade de escolherem o elemento de conexão do estatuto da pessoa física, conforme o artigo 7º, podendo acolherem o elemento da nacionalidade ou o domicílio.

Não obstante a pouca aplicação do Código<sup>44</sup>, podemos indicar que num contexto contratual seus artigos indicam que os contratantes se submetem à aplicação da lei comum, e, subsidiariamente, em caso de ausência da lei comum, aplica-se o imperativo do Estado em que as partes contratantes o tenham estabelecido, ou seja, a lei do local da execução do instrumento.

Considerando que estamos diante de um contrato internacional, geralmente as partes estão localizadas em Estados diferentes – sem dúvida poderá haver situações em que as partes têm o mesmo domicílio sendo as mercadorias que cruzam as fronteiras, mas são poucos casos – por isto o critério da aplicação da lei do local de celebração contratual será utilizado como muito mais frequência. (ARAUJO, 2009, p. 176).

No que diz respeito aos contratos, o Código reforça a obrigação dos pactos celebrados entre as Partes. O artigo 166 dispõe a respeito da força dos contratos, fazendo lei entre as partes, com exceção apenas das situações abordadas pelo presente Código, que são as situações que define como ordem pública internacional.

Na sequência, o artigo 170 define que deve se observar a lei local para cumprir com as condições de pagamento e para indicar a moeda com a qual o pagamento deve ser realizado.

Em caso de rescisão do contrato por incapacidade ou ausência da parte, deve-se observar a lei pessoal do ausente ou incapaz. Para analisar se um contrato é nulo, recorre-se à lei de que dependa a causa de nulidade.

Aos contratos de adesão, Bustamante fixa que a lei a ser aplicada é a lei do local de quem oferece ou prepara o documento, sendo que aos demais contratos,

---

<sup>44</sup> Conforme professora Nadia de Araujo que indica que: “Ao longo dos anos, sua utilização pelos Tribunais dos países ratificantes tem sido pequena, e muitas vezes como fonte supletiva em face das lacunas do DiPr local.” (ARAUJO, 2009, p. 172).

primeiro aplica-se a lei comum aos contratantes e na sua falta a lei do lugar da celebração.

Há ainda no artigo 244 algumas disposições gerais sobre os contratos de comércio, na qual se define que se aplicam as mesmas regras dos contratos civis.

Aos contratos por correspondência, somente se aperfeiçoará após cumpridas as exigências/condições das leis das 2 partes.

Para os contratos especiais do comércio, aplica-se a lei do local do registro do contrato social como elemento indicador para verificar se está diante de uma sociedade comercial. Na falta deste elemento, aplica-se a lei do domicílio comercial, ou seja, do estabelecimento. Ainda, caso não haja a diferenciação de entre sociedade civil e comercial, aplicar-se-á a lei do país onde a questão é submetida.

Questão muito bem definida e existente no Código é a indicação dos assuntos que considera ordem pública internacional, definindo-os e identificando-os, não cabendo tais assuntos ficarem a critério dos Estados. Na definição do Código, a ordem pública internacional é “as que vedam o estabelecimento de pactos, cláusulas e condições contratuais contrárias as leis, a moral e a ordem publica e as que proíbem o juramento e o consideram sem valor.”<sup>45</sup>

Alguns exemplos do que é considerado ordem pública internacional são as causas ilícitas identificadas nos contratos, as disposições relativas às alienações forçadas por utilidade pública, disposições que fixam os efeitos da posse e do registro entre vários adquirentes e as referentes à remissão legal, na locação de serviços, a regra que impede contrata os executores dos serviços por toda a vida ou por mais de certo tempo, fiador obrigar-se mais do que o devedor principal, o mesmo se aplica para fiança legal ou judicial, contratos ilícitos, prazos de graças, cortesias e análogos.

Por fim, em relação a interpretação dos contratos, deve-se fazer de acordo com a lei que o rege e, havendo discussão de qual lei deva reger, deverá interpretar de acordo com a lei de quem oferece o contrato, a lei comum aos contratantes e por fim, a lei do local da celebração, conforme artigo 184.

#### 6.4. Convenção da Comunidade Econômica Europeia – Roma

---

<sup>45</sup> Art. 175.

A nomenclatura correta da convenção de Roma é Convenção sobre a lei aplicável às obrigações contratuais e foi aberta a assinatura em Roma, em 19 de junho de 1980. Sua aplicação surge no seio da comunidade européia que, vendo-se diante de conflitos de leis incidindo em documentos contratuais, se reúne, estuda e propõe a presente Convenção. Sua aplicação ocorrerá sempre que houver conflito de leis para solucionar obrigações contratuais, substituindo as regras internas a respeito de contratos internacionais em cada um dos Estados Contratantes. (ARAUJO, 2009, p. 146).

Sua assinatura está aberta apenas aos Estados-Partes do Tratado que institui a Comunidade Econômica Européia, entretanto, seu texto é taxativo ao incluir a Groenlândia e a França. Por outro lado, exclui-se as ilhas Faroé, territórios situados fora do Reino Unido e aqueles cujas relações internacionais sejam asseguradas pelo Reino Unido, e às Ilhas Neerlandesas.

Para a sua entrada em vigor, exigiu-se a 7ª ratificação, sendo que após esta, a Convenção entrou em vigor no primeiro dia do terceiro mês a partir do depósito daquela.

No Brasil, poderia rapidamente se excluir a aplicação da Convenção de Roma, entretanto, assim como a Convenção de Viena (1980), ela é aplicada sempre que celebrado um negócios jurídicos em território de país ratificante.

#### 6.4.1. Internacionalidade do Contrato

O elemento de internacionalidade é marcado pelo possível conflito de leis, mesmo que celebrado por partes domiciliadas em um mesmo Estado. Havendo a possibilidade de que mais de uma legislação pretenda exercer controle sob o contrato, a internacionalidade do contrato estará marcada e conseqüentemente a Convenção poderá regular a relação entre as partes.

#### 6.4.2. Das exclusões

Assim como na Convenção Interamericana, há a exclusão da Convenção quanto a assuntos alheios à matéria comercial ou quando existirem outras convenções ou documentos mais especiais que tratem dos assuntos. Neste sentido, não será aplicável a Convenção de Roma a assuntos de testamentos e sucessões por morte, regimes de bens no matrimônio, direitos e deveres decorrentes de relações de família, nem mesmo a constituição de *trust* e as relações entre os constituintes, *trustees* e os beneficiários, por exemplo. Contratos de seguros, se situados na Comunidade Europeia, não será aplicada a Convenção.

O artigo 20, além de excluir a aplicação da Convenção em relação à especialidade de outras convenções que possam existir, também prima pelo direito comunitário europeu e exclui a aplicação da Convenção quando houver outros atos ou normas emanados pela comunidade ou harmonizados nas legislações nacionais em decorrência da decisão da comunidade, em relação a matérias de obrigações contratuais.

Os atos da comunidade deverão ser sempre seguidos, mesmo que sejam anteriores à convenção, pois o artigo 20 define que “matérias de obrigações contratuais e que são ou venham a ser estabelecidos em actos das instituições da Comunidades Europeias, ou nas legislações nacionais harmonizadas em execução desses actos.” (grifo nosso).

Ainda, a Convenção não será aplicada aos contratos celebrados com o Estado, conforme bem define o art. 1 (2)a, diferenciando-se da Convenção Interamericana que possibilita a aplicação quando Estados forem partes contratantes.

Por fim, em relação à capacidade das pessoas singulares, a Convenção não se aterá a essa questão, tratando, excepcionalmente, apenas de uma questão, definindo que estando as partes contratantes no mesmo Estado e sendo uma delas incapaz frente a terceiro Estado, porém capaz de acordo com a *lex loci contractus*, a incapacidade somente poderá ser invocada se a outra parte tinha conhecimento da situação de incapacidade no momento da celebração do contrato ou se por imprudência a desconhecia. Caso contrário, não poderá o contraente capaz futuramente alegar a incapacidade da outra parte para se escusar das obrigações.

### 6.4.3. Princípio da Autonomia da Vontade

A liberdade de escolha da lei aplicável é permitida, sendo aplicada quando as partes expressamente a estabelecerem ou quando, de acordo com as circunstâncias, a mesma possa ser identificada pelo contrato de forma inequívoca. A Convenção permite que as Partes escolham a lei aplicável à totalidade do contrato ou apenas a parte dele.

Há entendimentos de que havendo omissão na escolha da lei e o contrato sendo apresentado a determinada Corte, a parte manifesta sua intenção de que a lei do Estado em que se situa na Corte é a lei a ser aplicada, devido a tal ação Parte.

Neste sentido Nils Willem Vernooij (VERNOOIJ, 2009), afirma que na ausência de expressa escolha de lei, a escolha de uma corte poderia, por consequência, indicar um escolha implícita pela lei do país no qual a corte tem jurisdição (a lei do foro).

Permite-se também que as partes escolham qualquer lei, a liberdade é completa, conforme artigo 2º, entretanto as discussões ainda são representativas. Há autores, como Nadia de Araújo, que afirmam que a Convenção apenas exige a aplicação de lei nacionais, não aceitando que as leis de regência do contrato sejam leis não Estatais, como princípio do UNIDROIT e *lex mercatoria*.

Para a professora Nadia de Araújo (2009, p. 147) a Convenção

deixa claro que a escolha precisa ser entre leis (ou seja, o sistema jurídico de um Estado), o que impossibilitaria a utilização da *lex mercatoria*, como por exemplo os recém-concluído princípios sobre os contratos comerciais internacionais do UNIDROIT.

Esta posição é a corrente, justificando-se principalmente pela literalidade do artigo 2º: “Any *law* specified by this Convention shall be applied whether or not it is the law of a Contracting State”<sup>46</sup> (grifo nosso). Neste caso, a palavra é lei, e não direito como acontece na Convenção Interamericana assinada no México, que permite uma interpretação mais flexível.

---

<sup>46</sup> Qualquer lei designada pela presente Convenção deverá ser aplicada, seja ou não a lei do Estado Contratante. (tradução nossa).

#### 6.4.4. Alteração da Lei

Permite-se que seja alterada a lei eleita desde que anuída pelas partes, mas se o contrato já estiver celebrado, a alteração não prejudicará a validade formal do instrumento nem afetará direito de terceiros.

As partes podem escolher qualquer lei, todavia, se no momento da escolha todos os outros elementos se situam num determinado país, a lei escolhida apenas será aplicada na medida em que não violar as normas imperativas do Estado onde os elementos estão situados, em conformidade com o artigo 3.3.

#### 6.4.5. Falta de Escolha

No caso de omissão de escolha da lei aplicável, aplica-se o princípio da proximidade, na qual se buscará a lei do Estado em que o contrato mantenha maior relação, chamando-se de elemento caracterizador.

A Convenção, de forma diferenciada da Convenção Interamericana<sup>47</sup>, explica que para identificar este elemento deve-se buscar entender o local da residência habitual da parte que tenha que realizar o objeto do contrato, no momento da celebração do contrato. Se a prestação for algo a ser executado no exercício da atividade, será aplicável a lei do estabelecimento principal, todavia se a prestação for celebrada por diversos estabelecimentos localizados em locais diversos, será a lei de cada um desses estabelecimentos.

Em relação a este elemento caracterizador, o professor Jacob Dolinger (2007, p. 301) cita que a Convenção de Roma consagra a chamada presunção do desempenho característico, cujo

---

<sup>47</sup> A Convenção Interamericana define que se aplicará a lei do local em que o contrato mantenha vínculos estreitos, indicando formas de aferir a proximidade, todavia não traz elementos concretos, não indica a *lex*, como ocorre na convenção em análise. Embora, conforme bem leciona Nadia de Araujo, a mexicana tenha se pautado na de Roma como modelo. (ARAUJO, 2009, p. 152).

(...) aspecto mais marcante na formulação da presunção do desempenho característico é a sua conexão com a residência habitual/administração central/principal estabelecimento da parte que deve efetuar o desempenho característico, e não com o lugar onde este desempenho característico deve ser efetuado.

O autor chama a atenção para que não se confunda o local da prestação do elemento caracterizador com a lei a ser efetivamente aplicada que é a *lex domicilii* da parte que realiza a transferência da propriedade de mercadorias, por exemplo.

Maria Helena Diniz (2006, p. 601) entende que este critério não gera dúvidas nos contratos unilaterais, pois apenas uma das partes realizará uma prestação. Entretanto, a professora se preocupa com as possíveis dúvidas que podem surgir quando ambos os contratantes realizam atividades.

Para solucionar, indica que o pagamento de uma quantia deverá ser entendido como uma contraprestação, sendo que o este, embora essencial para a perfeita execução do instrumento, não será considerada a prestação característica do contrato. Exemplos são citados: “Na fiança, aplicar-se-á, normalmente, a lei da residência habitual do fiador. Nos contratos bancários, a lei do país onde a instituição financeira se situar.” (DINIZ, 2006, p. 601).

Diante de situações como esta, a lei do vendedor seria a aplicável, por isto, ao comprador exige-se mais cautela ao celebrar um contrato regido pela Convenção, visto que a omissão na determinação da lei de regência, pode fazer com que a lei do vendedor seja a aplicável em caso de eventual litígio. Sem dúvida, isto não apresenta problemas, desde que o comprador verifique antecipadamente quais os benefícios que a lei do vendedor lhe garantirá. E ao vendedor, se tiver uma lei pró-comprador, deve lançar mão de recursos para que a situação em análise não se caracterize.<sup>48</sup>

Embora esta regra esteja definida no artigo 4.2. da Convenção, os dois parágrafos seguintes fazem ressalvas quanto à aplicação do mesmo para as seguintes situações:

(i) se o contrato tiver por objeto um imóvel, o elemento será o da situação do mesmo, pois o imóvel é o principal elemento do contrato, e o local de sua situação é o que apresenta maior conexão, portanto se aplica a lei da localização do imóvel, e não da parte que esteja dispondo do imóvel, por exemplo; (DINIZ, 2006, p. 601).

---

<sup>48</sup> Para ver críticas quanto à prestação característica, consultar Nadia de Araujo (2009, p. 149).

(ii) para os contratos de transporte de mercadorias, havendo a falta de identificação da lei aplicável, o contrato apresenta uma conexão mais estreita com o país do local em que o transportador tem seu estabelecimento principal se este coincidir com o local da carga ou descarga ou o local do estabelecimento do expedidor das mercadorias. (DINIZ, 2006, p. 601).

Por fim, há ainda a exceção do item 4.5, que permite que as regras apontadas deixem de ser consideradas e outras aplicadas, de forma diferenciada, quando o contrato apresentar uma conexão mais estreita com outros Estados, além daquele da prestação característica ou das regras “i” e “ii” acima, que por analogia, devem ter as circunstâncias de conexão analisadas de acordo com o momento da celebração contratual. Esta ressalva não tem caráter subsidiário em relação às regras acima, mas substitutivo, utilizado quando não puder delinear a prestação característica do contrato. (DINIZ, 2006, p. 601).

Em relação ao momento, o artigo 4.2, soluciona eventuais polêmicas que poderiam surgir devido à alteração de domicílio do responsável pelo desempenho característico, assim define que será a lei da residência no momento da celebração do contrato. Isto concede maior estabilidade às partes contratuais, pois eventual mudança de residência não mais afeta o contrato depois de assinado.

A determinação do momento da celebração do contrato gera críticas<sup>49</sup>, pois, quando as partes optam pela lei de regência, seja expressa ou implicitamente, o artigo 3.2 possibilita futura alteração por consenso das partes, todavia, quando a medida subsidiária é utilizada para identificar a lei aplicável, mantém-se a lei do momento de celebração, não permitindo alterações, nem mesmo para a lei do local de execução dos serviços ou entrega das mercadorias.

---

<sup>49</sup> O professor Jacob Dolinger expõe: “a convenção é clara e precisa, vinculando o desempenho característico ao momento da formação do contrato, uma abordagem objetiva, fria, que fica congelada e inalterável a partir do momento da formação do contrato.” (DOLINGER, 2007, p. 302).

Complementa ainda “O Professor Schnitzer concluiu seu curso na Haia dizendo que, se queremos resolver o problema que foi corretamente colocado por Savigny, quando disse que é necessário conectar toda a relação a um sistema legal de acordo com sua natureza, torna-se conveniente que apliquemos aos contratos internacionais a lei do lugar onde deve ser efetuado o desempenho caracteriza a correspondente categoria de contrato, significando, como ele mesmo explica, o sistema jurídico no qual a parte executa sua função – local de execução e não de sua residência/estabelecimento.”(DOLINGER, 2007, p. 309).

Por fim, a Convenção permite que se identifique mais de uma lei se o contrato apresentar partes separáveis que tenham diferentes relações com Estados, isto a título excepcional.

Vale refletir que ao aplicarmos por analogia a regra temporal, na qual o contrato deve apresentar no momento de sua celebração relação mais estreita com outro para que as regras anteriores não sejam aplicadas, essa nova regra substitutiva será raramente utilizada, pois o contrato poderá apresentar elemento com outro Estado, principalmente o do local do cumprimento da obrigação no seu desenvolver e durante a execução da obrigação, por isto, a tentativa deste artigo para tentar flexibilizar a aplicação das regras anteriores foi falha e os problemas apresentados pelas críticas acima persistem.

Como comparativo, a Convenção de Roma não permite a aplicação de elementos substantivos para auxiliar os juizes ou tribunais na identificação da lei de regência. Assim, princípios gerais do direito internacional não são fontes na quais os Tribunais podem se valer. Assim, em caso de omissão na escolha pelas partes, estas ficariam sujeitas às leis nacionais, conforme acima vimos, não sendo possível a aplicação de outras normas internacionais, em quaisquer situações, inclusive mediante escolha, quando regidas pela presente convenção.

#### 6.4.6. Disposições Imperativas

Da mesma forma que as demais Convenções, na Convenção de Roma também há a ressalva a vontade das partes frente às questões imperativas ou de ordem pública, devendo determinado Estado poder deixar de aplicar a lei escolhida se essa afrontar preceitos imperativos da *lex fori*.

Ainda, se a situação apresentar relação mais estreita com outros Estados, as normas imperativas deste também devem ser observadas antes de aplicar as normas eleitas. A Convenção pede para levar em conta a natureza e o objeto das disposições imperativas, analisando-se as consequências de sua aplicação.

#### 6.4.7. Requisito de forma

A Convenção, diferente da de Viena (1980), não concede a liberdade estrita da forma, mas indica que as partes devem analisar a lei do local que rege a substância do ato, para que a forma do contrato seja válida, ou seja, a lei eleita pelas partes, ou, sendo o contrato celebrado entre partes de um mesmo Estado, pela lei deste ou, sendo o contrato celebrado por partes em Estados diferentes, pela lei de quaisquer dos Estados.

#### 6.4.8. Âmbito de aplicação da lei do contrato

Uma vez escolhida a lei aplicável pelas partes ou, identificada pelo princípio da proximidade, esta regerà o contrato.<sup>50</sup>

A Convenção apenas excepciona duas situações em seu artigo 10.2. A primeira será aplicada a lei do local de cumprimento da obrigação quanto à forma, o *modus* de realizar a obrigação, pois se a lei deste local exigir requisitos a mais do que a de eleição, devem-se observar os imperativos da lei do local, devendo o executor, por exemplo, obter todas as autorizações necessárias no local de cumprimento, permitindo ao tribunal que analisa a questão, aplicar a lei de terceiro Estado com a qual a transação possua conexão mais próxima. (ARAUJO, 2009, p. 149).

A segunda exceção diz respeito a cumprimento defeituoso do devedor, devendo o credor tomar medidas aceitas na lei do local de cumprimento da obrigação para que a correção aconteça.

#### 6.4.9. Sub-rogação

---

<sup>50</sup> Professora Nadia indica que a lista indicada no artigo 10 não é taxativa (ARAUJO, 2009, p. 149). Ainda pode-se encontrar na própria convenção que é a lei eleita que regulará a forma de produção de provas, além de qualquer meio de prova admitido pelo direito do foro ou pela lei que as partes estejam no momento da assinatura do contrato, desde que a prova possa ser produzida no tribunal que analisa a causa.

Para verificar se uma sub-rogação pode ser realizada e de acordo com quais leis, deve-se levar em conta a lei aplicável à obrigação do terceiro que se sub-roga no direito do credor inicial e toma a posição deste frente ao devedor originário. A lei do terceiro indicará se este realmente pode assumir os direitos do credor contra o devedor.

#### 6.4.10. Exclusão do Reenvio

A Convenção expressamente exclui a possibilidade do reenvio, que é a possibilidade do Estado eleito pelas Partes ou identificado de acordo com os parâmetros da Convenção, com fulcro no seu direito interno, se dar por incompetente para a análise da causa e enviar a lide a outro Estado, estranho ao interesse das partes, mas indicado pelo direito internacional privado. O ilustre professor Jacob Dolinger (2007, p. 287), com clareza, justifica a posição da Convenção escrevendo que “o artigo 15º rejeita o reenvio – o que é lógico, porque uma regra de conflito convencional é hierarquicamente superior a regras de conexão doméstica”. Ainda o autor em nota de rodapé (DOLINGER, 2007, p. 287) esclarece:

que reenvio só é possível quando duas regras de direito internacional privado interno conflitam sobre qual a lei aplicável, mas não quando uma convenção de DIP uniformiza as regras sobre conflitos, pois em tal caso os Estados-partes renunciaram as suas regras conflituais e concordam em submeter-se às regras convencionais e, assim sendo, qualquer dispositivo de direito internacional privado de outro sistema que indique uma solução diversa da fixada pela convenção, é ineficaz, ergo, não há possibilidade para o reenvio se materializar.

Frente às razões apontadas, a Convenção, com o fito de uniformizar e evitar conflito de lei, não poderia, de fato, permitir o reenvio.

#### 6.4.11. Interpretação uniforme

Assim como nas demais Convenções apontadas neste trabalho, deve-se ter em conta o caráter internacional da Convenção, por isto, deve-se buscar a aplicação de modo uniforme.

Destaca-se que por meio do primeiro e segundo protocolos da Convenção de Roma, os Estados-Partes resolveram que cabe ao Tribunal de Justiça das Comunidades Européias decidir sobre a interpretação da Convenção. Os tribunais dos Estados-Membros listados no artigo 2º do 1º protocolo podem solicitar ao Tribunal que decida a “título prejudicial sobre questão suscitada em processo pendente e que incida sobre a interpretação das disposições contidas nos instrumentos (...)”.

#### 6.4.12. Reserva

A reserva somente será possível em relação às seguintes matérias, diferenciando-se dos demais documentos analisados, pois é taxativa quanto as matérias de possíveis reservas:

- (i) possibilidade de aplicar as disposições imperativas do Estado em que o contrato apresente relação mais estreita, visto que o Estado ratificante pode não querer dar prevalência às disposições imperativas de um terceiro Estado.
- (ii) que a lei eleita ou identificada de acordo com a convenção trate das consequências da invalidade do contrato, sendo que o Estado, neste caso, pode querer que a sua lei interna, trate destas consequências ou deixar que as partes as disciplinem no documento.

A reserva pode ser retirada a qualquer momento e, assim como na Convenção Interamericana, “o efeito da reserva cessará no primeiro dia do terceiro mês do calendário após a notificação da retirada da reserva”, artigo 22.3.

#### 6.4.13. Novas normas de conflito

A Convenção permite que o Estado-Parte adote novas normas de conflitos de leis, mas antes se deve comunicar ao Secretário-Geral do Conselho das Comunidades Europeias e aguardar que consultas entre os Estados signatários sejam organizadas. Se dentro de dois anos as consultas não acontecerem, ou não houver nenhum acordo em decorrência das consultas, o Estado pode alterar algumas das normas para uma categoria especial de contratos, pois se fossem para todos, estaria denunciando a Convenção.

Se o Estado-Parte quiser ser parte, pela primeira vez, em outro instrumento multilateral em que nem mesmo as Comunidades Europeias sejam partes, cujo objeto é o mesmo da Convenção, deve-se adotar o mesmo procedimento de se comunicar o Secretário-Geral do Conselho das Comunidades Europeias e aguardar que consultas entre os Estados signatários sejam organizadas, porém o prazo para que a consulta ocorra será de um ano.

#### 6.4.14. Prazo

A Convenção tem prazo de validade de 10 anos, renovável tacitamente a cada 5 anos, diferenciando-se das demais analisadas neste trabalho. As partes devem observar este prazo para realizar a denúncia à Convenção, devendo se manifestar com antecedência de 6 meses antes de cada ciclo de renovação.

#### 6.5. Roma I

Considerando a tendência da Comunidade Europeia, caracterizado pela sua efetividade e constantes atividades nas relações, esta elaborou o chamado [Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernization](#)<sup>51</sup>, na qual elaborou estudos e formas de atender às necessidades do comércio atual existente na comunidade, para

---

<sup>51</sup> Estudos para a transformação da Convenção de Roma de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais para um instrumento da Comunidade e sua modernização. (tradução nossa).

fazer com que a Convenção de Roma de 1980 se tornasse um documento comunitário ao invés de ser tratado internacional, pois assim aumentaria o seu vínculo e poder de execução sobre os documentos regidos por suas leis em conformidade com seus imperativos.

Sobre o tema, a Câmara de Comércio Internacional se manifesta:

The latter was put forward in order to meet today's needs for the application of the Rome Convention. The former was considered, because the Rome Convention is the only private international law instrument still in the form of an international treaty, but at a community level. A conversion into a Community Instrument shall achieve the advantage of greater consistency in community legislation on private international law and facilitate the application of standardized conflict rules in the new member states. (INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE).<sup>52</sup>

Assim, após anos de debates e consulta entre os membros da comunidade europeia, a Convenção de Roma aplicável às obrigações contratuais se converte em um instrumento da Comunidade que entrou em vigor primeiramente em 24 de julho de 2008, deixando, portanto, de ser uma uniformização internacional.

Em relação ao conteúdo da denominada Roma I, o jornalista da *Columbia Journal of European law*, Nils Willem Vernooij, afirma que: “On the other hand, Rome I is by no means a verbatim copy of the Rome Convention; indeed, the wording of several articles has been rephrased or clarified, and a number of important changes have been implemented”. (VERNOOIJ, 2009).<sup>53</sup>

Neste capítulo, destacarei as alterações em relação à convenção de Roma de 1980 e a atual Roma I, pois sua aplicação somente será possível a contratos celebrados a partir de 17 de dezembro de 2009, em conformidade com o artigo 29.

---

<sup>52</sup> Esta atualização foi apresentada, a fim de atender às necessidades da atualidade para a aplicação da Convenção de Roma. O formato original foi considerado, porque a Convenção de Roma é o único instrumento de direito internacional privado ainda sob a forma de um tratado internacional, mas a um nível de comunidade. A conversão para um instrumento Comunitário deve proporcionar benefícios para uma maior coerência na legislação comunitária em matéria de direito internacional privado e facilitar a aplicação das normas de conflitos uniformizadas nos novos Estados-Membros. (tradução nossa).

<sup>53</sup> Por outro lado, Roma I é sem dúvida a exata cópia da Convenção de Roma, certamente as palavras de vários artigos foram rephraseados ou clarificados, e um número de mudanças importantes foram implementadas. (tradução nossa).

Assim, para os contratos assinados antes desta data, os litigantes devem seguir os mandamentos da “antiga” Convenção de 1980.

#### 6.5.1. Artigo 3º. Da autonomia da vontade

As partes podem continuar a escolher a lei aplicável ao contrato, bem como escolher mais de uma para reger o contrato como um todo. As alterações identificadas no novo regulamento tratam da questão da escolha implícita da lei de regência.

A Convenção de 1980 estabelecida em seu artigo 3.1 que: “The choice must be expressed or demonstrated *with reasonable certainty* by the terms of the contract or the circumstances of the case”<sup>54</sup>. Já Roma I define que a escolha deve ser claramente demonstrada: “The choice shall be made expressly or *clearly demonstrated* by the term of the contract or circumstances.”<sup>55</sup>

Não se permite, portanto, que os juízes, ao analisarem o contrato, busquem identificar a lei de regência observando o modo inequívoco das disposições do contrato ou das circunstâncias da causa, devem-se encontrar nos contratos elementos claros.

Desta forma, sendo a Roma I mais exigente, pode-se concluir que o artigo seguinte, o qual estabelece a lei aplicável em caso de omissão, será utilizado com mais frequência.

Em relação à possibilidade de incluir direito não estatal pelas partes no momento da escolha da lei, embora o tema tenha sido discutido, principalmente para possibilitar às partes escolherem os princípios contratuais do direito europeu ou os princípios no *UNIDROIT* no mínimo, alterações não

---

<sup>54</sup> A escolha deve ser expressa ou demonstrada com certeza razoável pelos termos do contrato ou pelas circunstâncias do caso. (tradução nossa).

<sup>55</sup> A escolha deve estar demonstrada expressamente ou claramente pelos termos do contrato ou pelas circunstâncias. (tradução nossa).

aconteceram, e o limite identificado neste trabalho, ou seja, liberdade em escolher leis estatais, continua.

#### 6.5.2. Artigo 4º. Lei Aplicável na falta de escolha expressa ou claramente identificável

No caso de ausência de escolha, a Convenção traz 8 regras para se identificar a lei aplicável:

- (i) no caso de venda de mercadorias: aplica-se a lei do local onde o vendedor tem sua residência habitual;
- (ii) No caso de contrato de prestação de serviços: a lei do local onde o prestador de serviços tem sua residência habitual;
- (iii) Contrato relativo a bem imóvel: lei do local onde o imóvel está situado, exceto se o uso do imóvel é temporário, ou seja por 6 meses consecutivos, e para uso privado, neste caso, aplica-se a lei do local da residência habitual do locador;
- (iv) Incluso no item iii, acima;
- (v) Contrato de franquia: lei do local da residência habitual do conessor da franquia;
- (vi) Contratos de distribuição: lei do local da residência habitual do distribuidor;
- (vii) Contrato de vendas de mercadorias por leilão: local onde o leilão aconteceu, se possível determinar;
- (viii) Contrato realizado dentro de um sistema multilateral que facilita vários terceiros comprando e vendendo em instrumentos financeiros de acordo com a diretiva 2004/39, será de acordo com a lei da mencionada diretiva.

Por local da residência habitual, a Convenção explica no artigo 19, que será o local da administração central, no caso de pessoas jurídicas ou, se o contrato for executado pelas filiais ou agências de corporações, o local da residência será onde tais representantes tenham sua residência habitual. Tratando-se de pessoas físicas realizando negócios, o local da residência será o seu principal local de negócios. Em caso de alteração de residência, aplica-se a residência no momento da celebração do contrato.

Se o contrato não estiver elencado nas situações acima, ou estiver em mais de uma, o contrato deverá ser regido pela lei do local onde a parte que está obrigada a fornecer o desempenho característico do contrato, conforme definição de Jacob Dolinger, já exposta neste trabalho, tem sua residência habitual.

Não obstante as regras acima, aplica-se o princípio da proximidade quando o contrato for manifestadamente mais próximo, pelas circunstâncias, a um país específico do que com aqueles que as regras acima consideram como elemento de conexão. Exige-se neste novo regulamento que a conexão seja manifestadamente visível, já para a Convenção de 1980, as regras poderiam ser ignoradas se o contrato apresentasse conexão com outro Estado, sem a necessidade da conexão se manifestadamente identificável.

Por ora, a Corte deve se pautar em elementos manifestos para aplicar o princípio da proximidade frente às demais regras.

Nils Willem Vernooij, neste sentido, ainda afirma:

This means that under Rome I courts have less leeway to resort to this exception than under the Rome Convention. Once again, therefore, Rome I provides for more certainty, albeit less flexibility, than the Rome Convention. On the other hand, the preamble of Rome I makes it clear that to determine the country with which the contract is manifestly more closely connected, account should be taken of, inter alia, whether that contract has a “very close relationship” with one or more other contracts. This suggests that the “manifestly more closely connected” exception may be more readily satisfied than on first sight. (VERNOOIJ, 2009) <sup>56</sup>

---

<sup>56</sup> Isto significa que, nos termos Roma I tribunais têm menores margem de manobra para recorrer à exceção da Convenção de Roma. Mais uma vez, portanto, Roma I, prevê maior

Finalmente, não sendo possível identificar a lei aplicável pelas regras anteriores: aplica-se a lei do país em que o contrato tenha mais proximidade.

Nota-se que a Convenção busca definir mais claramente quais são os elementos de conexão em determinados casos, buscando a aplicação da lei da residência das partes que realiza a prestação identificadora do contrato, deixando a aplicação do princípio da proximidade de forma muito mais subsidiária do que existia na Convenção de 1980, não obstante estabeleça que as regras estabelecidas podem deixar de ser aplicadas se pelas circunstâncias se o contrato apresentar mais relação com outras leis.

Todavia, manteve o problema que se discutia na Convenção de 1980, mantendo o local da residência da parte como a lei de regência, e não a lei do local onde o contrato será executado. Antes mesmo deste regulamento, jurisprudência francesa já havia decidido de forma contrária a Convenção de 1980, no sentido de aplicar a lei do local de cumprimento da obrigação. Jacob Dolinger, ao citar Henri Batiffol, diz:

Explica muito bem Henri Batiffol que o domicílio da parte pode ser totalmente estranho ao contrato, enquanto que o local do cumprimento é aquele para o qual ficam voltadas as atenções dos contratantes, acrescentando que os tribunais franceses se inspiram na teoria de Savigny sobre o local do cumprimento como critério adequado para a determinação da lei contratual. (BATIFFOL, 1993 *apud* DOLIGER, 2007, p. 304).

### 6.5.3. Contrato de transporte

Na Convenção de 1980, frente à omissão das partes, o contrato de transporte de mercadorias terá como elemento de conexão o país do local em que o transportador tem seu estabelecimento principal, se este coincidir com o local da carga ou descarga ou o local do estabelecimento do expedidor das

---

segurança, embora com menos flexibilidade, além da Convenção de Roma. Por outro lado, o preâmbulo de Roma I torna claro que, para determinar o país com o qual o contrato mantém relações manifestamente mais estreitas, deve-se ter em conta, nomeadamente, se esse contrato tem uma relação "muito estreita" com um ou mais outros contratos. Isto sugere que a exceção da "conexão manifestamente mais estreita" pode ser mais facilmente satisfeita do que à primeira vista. (tradução nossa).

mercadorias. No novo regulamento, a regra é a mesma, todavia complementa que se não coincidir os requerimentos apontados, aplicar-se-á a lei do local da entrega das mercadorias que foi acordado pelas partes.

Se o transporte for de pessoas, aplica-se a lei do local de residência do passageiro, desde que o embarque ou desembarque tenha ocorrido naquele Estado, em caso de omissão na escolha. O transporte de passageiro se assemelha com o contrato de consumo, por isto se entende que a convenção busca beneficiar o passageiro, aplicando-se a sua lei de residência.

A ressalva quanto à aplicação do princípio da proximidade também é feita, embora a regra subsidiária a ser aplicada em caso de omissão na escolha, pode-se aplicar a lei em que o contrato tenha relação mais próxima.<sup>57</sup>

#### 6.5.4. Contratos de seguros

Roma I inova ao trazer para a Convenção regras referentes a seguros que cubram grande risco, conforme definição de diretivas europeias. Nestes casos, as partes poderão escolher a lei aplicável, desde que o bem assegurado esteja localizado em um Estado-Membro. Em caso de omissão, utilizar-se-á a lei do local de residencial habitual do assegurado ou a lei de outro Estado se houver claro elemento que conecte o contrato a este último país.

Para os seguros que cobrem outros tipos de riscos, mesmo que o bem não esteja localizado nos Estados-Membros, a Convenção limita a escolha da lei pelas partes. Neste tópico, a liberdade não é completa, devendo as partes serem cautelosas e atenderem as regras definidas no artigo 7(3) e 7(4)<sup>58</sup>. Se as regras não forem observadas pelas partes, deverá ser aplicada a lei

---

<sup>57</sup> Conforme o art. 5.3.

<sup>58</sup> As regras definidas no artigo 7 (3) são: a do local onde o risco está situado no momento da conclusão do contrato. Se a lei escolhida permitir a liberdade na escolha, as partes poderão usufruir desta.

(i) local onde o titular da apólice tem sua residência habitual. Se a lei escolhida permitir a liberdade na escolha, as partes poderão usufruir desta.

do Estado-Membro no qual o risco esteja situado, no momento da conclusão do contrato.

#### 6.5.5. Disposições Imperativas

A orientação em observar e até mesmo deixar de aplicar a lei eleita se esta afrontar preceitos da lei do foro permanece. A alteração ocorre na parte teórica, pois o regulamento não mais pede ao julgador que analise se o contrato tem relação mais estreita com outro país e, havendo, que observe as leis deste, mas sim, menciona que se devem observar as normas de ordem pública do local onde o serviço é realizado.

Sem dúvida, o contrato apresenta elementos que o deixem mais próximos ao país em os serviços se executam, por isto, na prática não se notarão diferenças.

E, por fim, o regulamento bem inclui o que são as normas imperativas, no artigo 9.1:

Overriding mandatory provisions are provisions the respect for which is regarded as crucial by a country for safeguarding its public interests, such as its political, social or economic

---

(ii) em caso de seguros de vida, do local onde o titular da apólice é nacional. Se a lei escolhida permitir a liberdade na escolha, entendemos que as Partes deverão desconsiderar tal liberdade, pois a convenção é taxativa a disciplinar os casos em que as Partes podem gozar da liberdade estabelecida no ordenamento nacional a que a convenção remete.

(iii) Para seguros que limitam o risco a eventos que ocorram em um determinado Estado-Membro, com exceção de eventos que ocorram em Estados-Membros onde o risco está situado, a lei do Estado-Membro na qual está disposta a cobertura. Se a lei escolhida permitir a liberdade na escolha, entendemos que as Partes deverão desconsiderar tal liberdade, pois a convenção é taxativa em disciplinar os casos em que as Partes podem gozar da liberdade estabelecida no ordenamento nacional a que a Convenção remete.

(iv) Quando o seguro cobrir atividade comercial ou industrial ou atividade liberal de um titular, cuja cobertura abranja dois ou mais riscos em relação a tais atividades, e que tais estejam situadas em Estados-Membros distintos, poderá ser escolhida a lei de qualquer um dos Estados-Membros ou a lei de residência do titular da apólice. Se a lei escolhida permitir a liberdade na escolha, as partes poderão usufruir desta.

Já as regras do artigo 7 (4) definem que as partes deverão ainda levar em consideração o que segue:

(i) Nos casos em que o Estado-Membro exija a contratação de seguros, a mera contratação não tenderá a exigência estatal, pois a Parte deve observar as exigências específicas do Estado. Havendo conflito entre a lei do local onde o risco está situado e a lei do Estado-Membro que exige a contratação, esta última prevalecerá frente às exigências daquela.

(ii) Por meio de derrogação das regras acima, o Estado-Membro que exige a contratação, poderá exigir fixar (como uma exigência do seguro) que o contrato seja regido pelas leis deste Estado que faz a exigência.

organisation, to such an extent that they are applicable to any situation falling within their scope, irrespective of the law otherwise applicable to the contract under this Regulation.<sup>59</sup>

#### 6.5.6. Devedores solidários:

Figura nova incluída no regulamento, trata da aplicação da lei no caso de ação de cobrança de devedor que paga obrigação solidária ao credor. O devedor que cumpre a obrigação, ao iniciar o processo contra seus co-obrigados, que agora são seus devedores, deve observar a mesma lei que rege, ou regia, a obrigação originária. As defesas dos devedores são as mesmas que poderiam ser utilizadas contra o credor originário, ou seja, na medida em que a lei que governa a obrigação originária permita. Assim, a ação de cobrança seguirá a mesma lei da obrigação originária.

#### 6.5.7. Compensação

Se as partes não disciplinam o tema no contrato, aplicar-se-á a lei do local onde a reclamação é iniciada “by the law applicable to the claim against which the right to set off is asserted”.<sup>60</sup>

#### 6.5.8. Relacionamento da Roma I com a Convenção de Roma de 1980

---

<sup>59</sup> Disposições imperativas são disposições cujo respeito é considerado fundamental por um país para a salvaguarda do interesse público, tais como a sua organização política, social ou econômica, de tal forma que elas são aplicáveis a qualquer situação abrangida pelo seu âmbito, independentemente da lei aplicável ao contrato ao abrigo do presente Regulamento. (tradução nossa).

<sup>60</sup> Art. 17. Pela lei aplicável a reclamação contra a qual o direito de compensar foi definido. (tradução nossa).

A Convenção claramente determina que aquela substitui a de 1980, exceto quanto aos territoriais dos Estados-Membros na qual o artigo 299<sup>61</sup> do tratado que estabelece a Comunidade Europeia exclui. Nestes casos não se aplica a Roma I.

## 6.6. Lex Mercatoria.

Expliquemos a *Lex Mercatoria* com base na definição do renomado jurista e profissional sobre o assunto Berthold Goldman. Para ele

a *lex mercatoria* é precisamente um conjunto de princípios, instituições e regras, com origem em várias fontes que nutriu e ainda nutre estruturas e o funcionamento legal específico da coletividade de operadores do comércio internacional. A realização desse desiderato, segundo expõe, deve-se a) aos princípios gerais do direito; b) aos provimentos contratuais, como cláusulas especiais e novos tipos convencionais; e c) às decisões arbitrais que contribuíram para a elaboração de princípios do comércio internacional. (GOLDMAN, *apud* STRENGER, 2000, p. 795).

Então vejamos:

a) um conjunto de princípios, instituições e regras, pois a *lex mercatoria* decorre exclusivamente das atividades mercantis, tendo por base os princípios aplicados pelos próprios comerciantes em suas relações recíprocas de forma prática e cotidiana. Princípios estes pautados essencialmente nas boas práticas, princípios justos e equitativos, pois decorrem de relações reais entre homens, em regra, de boa-fé.

Devido ao aumento do fluxo de mercadorias entre diversos Estados e a contínua aplicação daquilo que os comerciantes bem entendiam como regra do comércio, instituições, algumas criadas para este fim, como as corporações de mercadores e outras, já em desenvolvimento, aceitam disciplinar tais normativas, fazendo com que aquilo que era apenas costume se torne regras escritas, nada mais

---

<sup>61</sup> Para acessar o artigo 299 do Tratado: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:12002E299:EN:HTML>. Acesso em 14 de abril de 2010.

que a formalização de uma atividade que tem origem desde os povos fenícios. (STRENGER, 2000, p. 781).

b) com origem em várias fontes, que nutriu e ainda nutre estruturas e o funcionamento legal específico da coletividade de operadores do comércio internacional.

A fonte primária da *lex mercatoria* é a relação entre homens do comércio, surgindo em decorrência do comércio internacional ligado ao direito marítimo e com as atividades do mar. Devido à crise européia após a queda do Império Romano, os mercadores começam a se reunir como uma forma de resposta à anarquia existente e criam as corporações de mercadores.

As instituições eram constituídas por seus estatutos e composta por grandes conhecedores do comércio, os chamados *consules mercatorum*. Estes homens exerciam funções legislativas, executivas, judiciais e políticas, que com o desenvolver das atividades criaram conjuntos de normas e estabeleciam um sistema decisório que se equiparava ao Poder Judiciário.

Com estas instituições, a *lex* tem suas primeiras materializações, pois o direito surge como resultado do trabalho, da prática dos comerciantes. Estes construíram os seus próprios usos e costumes.

Num segundo instante, é possível identificar, nesta época ainda, a segunda fonte da *lex*: as decisões dos cônsules que, embora sempre pautadas nas regras, começam a formar um arcabouço de instruções aos operadores do comércio.

Como o desenvolvimento de sistemas legais no globo e em especial na Inglaterra, com a afirmação do *Common Law*, as cortes que se baseavam na *lex* para suas decisões foram aos poucos sendo dissolvidas, e as novas decisões começaram a se basear no novo sistema legal. A *lex* pouco a pouco deixa de ser utilizada, pois com a reafirmação da soberania Estatal, os Estados deixaram de aplicar as leis do comércio para aplicar a seu imperativo.

Sem dúvida, a lei estatal, num primeiro momento, se confunde com a *lex mercatoria*, mas aquela deixa de acompanhar o dinamismo da relação comercial, o que conseqüentemente deixa de refletir a necessidade dos mercadores. Ainda, em relações transnacionais, o Estado encontra barreiras e dificuldades ao se esbarrar em outro poder soberano, sendo, por isto, a tutela estatal limitada.

O professor Antonio Carlos Rodrigues do Amaral (2004, p. 62) bem afirma que o Estado ao aceitar a *lex* acaba por aceitar um elemento estranho em seu território, discorrendo no seguinte sentido: “estaria o Estado abdicando de parte de sua soberania em favor de mãos invisíveis de uma comunidade de mercadores em constantes mudanças”, por isto a grande dificuldade na aceitação da mesma.<sup>62</sup>

Em decorrência destas fragilidades e dificuldade de aceitação da *lex*, a Câmara de Comércio de Paris, a partir de 1920, inicia um trabalho de revitalização da lei dos mercadores, desvinculada dos poderes e interesses estatais como uma tentativa de proporcionar a sociedade o que hoje conhecemos de nova *lex mercatoria*.

Em 1960 começa a ser definida a nova *lex*, cujas fontes são mais expansivas, observando os “Contratos-tipos, condições gerais de compra e venda, as condições gerais *di* Conselho de Assistência Econômica Mutua (Comecon), os Incoterms e as leis uniformes” (AMARAL, 2004, p. 64). Ainda tratados internacionais como GATT, OMC, os constitutivos de blocos regionais, as sentenças arbitrais, os trabalhos das instituições para unificar os sistemas como da OEA, UNCITRAL e *Unidroit* influenciam a *lex*. Sendo estas as novas fontes da nova *lex mercatoria*.

Segundo a professora Maria Helena Diniz, (2006, p. 595), “a teoria da nova *lex mercatoria* funda-se na constatação de que os contratantes pretendem unificar o regime jurídico da venda internacional e as operações complementares, mediante contratos.”

O professor Irineu Strenger (2000, p. 797) afirma que as fontes decorrem das “práticas profissionais codificadas, as cláusulas contratuais, as montagens jurídicas, os tipos contratuais novos, criados pelos operadores do comércio internacional espontaneamente, que pela sua continuada repetição, tornaram-se regras costumeiras.”

Entende-se que é devido a toda essa evolução da *lex mercatoria* que o professor Goldman, conforme enunciado acima, afirma que a *lex mercatoria* “nutriu e ainda nutre estruturas e o funcionamento legal específico da coletividade de operadores do comércio internacional”.

---

<sup>62</sup> Isto é diferente em relação às convenções, na qual o Estado a aplicará apenas se a houver ratificado. O ato da ratificação não afronta a soberania estatal, mas sim é vista como o exercício da mesma.

Finalizando, e em vistas a atual aplicação da *lex*, podemos concordar com o dizer de Antonio Carlos Rodrigues do Amaral (2004, p. 68), no sentido de que a

*lex mercatoria* apresenta-se, na atual fase de globalização da economia, como grande facilitador no comércio internacional, afastando a incerteza da aplicação de normas nacionais conflitantes. Com sua observância, podem ser evitados julgamentos nacionalistas, seja por ideologia, seja por xenofobia, ou pelo prosaico comodismo de decidirem os juizes sem maiores indagações sobre o direito alienígena.

#### 6.6.1. Manifestações da *Lex*:

##### 6.6.1.1. Princípios gerais do direito.

Diz-se que a *lex* se deve aos princípios gerais do direito, pois a *lex* se incorpora aos princípios, não sendo os princípios fontes da *lex*, mas sim a sua forma de se materializar, pautada nos princípios gerais do direito. A *lex* se alimenta destes princípios gerais, surgindo a partir deles. (GOLDMAN, *apud* STRENGER, 2000, p. 797).

##### 6.6.1.2. Provimentos contratuais, como cláusulas especiais e novos tipos convencionais

Como vimos, a *lex* atualmente baseia-se em instrumentos mais formais, como nos créditos documentários, nos *incoterms* e nos contratos-tipos.

Com relação aos contratos-tipos, existem associações como a *London Trade Corn Association*, *International General Produce Association*, comissão econômica para a Europa que adotam os contratos-tipos para os produtos comercializados via *commodities*. Este processo facilita a aplicação dos termos legais, deixando que as partes se concentrem nas negociações dos preços, condições de pagamentos e prazo de entrega devido ao conhecimento prévio das partes das

cláusulas contratuais, o que facilita o entendimento das partes dos riscos contratuais. Por este motivo os contratos-tipos se expandem cada vez mais.

Maria Helena Diniz (2006, p. 608) afirma ser:

comum os comerciantes de um mesmo ramo reunirem-se em associações nacionais ou internacionais. Tais associações tem por escopo regulamentar não só o contrato de compra e venda, mas também os acessórios, como os de seguro, transporte, etc., a fim de organizar as condições de venda, introduzindo princípios de justiça e transferindo a solução dos litígios para um órgão de arbitragem.

Para o professor Irineu Strenger (2000, p. 788):

Os contratos-tipos emanados dessas entidades tornaram-se fundamental fonte do direito do comercio internacional, porquanto as cláusulas ai inseridas, mais do que permear a vontade das partes, constituem regras gerais com força de direito, adotadas sem restrições sem eficácia receptiva.

Já os créditos documentários, nascem como uma medida protetiva, pois no cenário internacional, devido a distância, diversificada cultura e sistemas jurídicos distintos, o ambiente é mais duvidoso. Todavia, este fator não poderia impedir o desenvolvimento do comércio transnacional e como medida de mitigação, os créditos documentários são desenvolvidos. A garantia por meio da intermediação bancária possibilita que as partes deem início a suas obrigações sem grandes riscos, ou riscos mitigados.

A Câmara de Comércio Internacional foi a primeira a elaborar um documento para refletir as novas transações comerciais, não havendo Estados que tenham sistematizado as transações. O professor Irineu Strenger (2000, p. 789) leciona:

Nenhuma legislação de origem nacional ou internacional, bem com a quase-totalidade dos países, organizou ou precisou as operações de crédito documentário. É a prática internacional, com a cooperação bancária, que forjou esse instrumento, elaborado sob a égide da Câmara de Comércio Internacional (CCI), cujo papel foi capital para fixar e fazer evoluir as *Regles et usages Uniformes Relativex aux Crédits Documentaires* (RUU).

Outro exemplo de convenção é a sistematizada pela IATA – *International Air Transport Association* – que trata das regras de transporte aéreo. Ainda há a Convenção criada em Berna, *Convention International des Marchandise*, que tem como objeto tentar uniformizar as regras utilizadas nos transportes internacionais desde há muito tempo.

Os *incoterms*, acrônimo da expressão International Rules for Interpretation of Trade Terms, também são padronizações da Câmara de Comércio, que desde 1936 realiza atualizações as mesmas. Os *incoterms* definem as obrigações do vendedor e comprador no momento da tradição de mercadorias. Assim a utilização do *incoterm* em um contrato define a responsabilidade das partes frente aos custos do transportes, contratação de seguros e o momento de transmissão da responsabilidade pela mercadoria em trajeto. Maria Helena Diniz (2006, p. 609) define que os *incoterms*:

constituem uma modalidade de súmula dos costumes internacionais atinentes à compra e venda, contendo definições de termos comerciais correspondentes às vendas, reduzidos a acronimo, que encerram os deveres do vendedor e do comprador.

José Maria Garcez (1994, p. 146) define que:

A aplicação prática dos INCOTERMS repousa na fixação do ponto crítico em que há a transferência de obrigações entre as partes, ou seja, quando o vendedor é considerado legalmente isento de responsabilidades sobre a mercadoria entregue ao comprador, sendo direito a receber o pagamento convencionado, uma vez que a partir desse ponto os riscos da operação passam a correr por conta da outra parte.

Considerando a importância na escolha dos *incoterms*, vendedor e comprador frequentemente discutem muito a sigla a ser inserida, pois a extensão da responsabilidade, incluindo custos de fretes e obrigações em contratar seguro impactam certamente no custo de venda ou compra do mesmo.

Na prática, vemos que mesmo contrato regido por leis estatais, as partes preferem por fazer menção a um determinado *incoterm* para que não restem dúvidas nas obrigações da partes. Isto é resultado da manifestação da *lex mercatoria* até nas relações a serem analisadas pelos Estados.

6.6.1.3. Às decisões arbitrais que contribuíram para a elaboração dos princípios do comércio internacional.

As decisões dos membros de arbitragem servem como fonte e reforçam a força da *lex*. Em relação à execução de sentença decidida por laudo arbitral com fundamento na *lex*, podemos afirmar que a sua operação acontece de forma prática e sancionatória, impactando pecuniariamente, pois o perdedor que não observa a sentença, acaba por ser excluído da comunidade, perdendo a credibilidade e a confiança no cenário comercial. Assim a falta de observação das regras e decisões tem consequência *sui generis*, conforme Berthold Goldman, citado por Irineu Strenger. (GOLDMAN *apud* STRENGER 2000, p. 795).

6.6.2. Estado e a Lex Mercatoria.

A grande dificuldade estatal em aceitar a *lex mercatoria* ocorre devido a sua total desvinculação ao Estado, já que a *lex* se forma no seio da comunidade sem qualquer tipo de opinião dos membros estatais. (AMARAL, 2004, p. 57).

Difere do que acontece com as Convenções Internacionais, em que os Estados enviam membros que passam anos analisando as consequências de determinadas cláusulas das convenções, podendo opinar, vetar e reservar provisões que ferem a sua estrutura, a ordem pública ou o interesse do Estado.

Nas convenções, além da assinatura do representante do Estado<sup>63</sup>, a ratificação é essencial para que o Estado se obrigue juridicamente aos termos da mesma. Assim, o ato de ratificar está sujeito à discricção do Estado, que uma vez fazendo o está devido ao seu poder soberano de escolha: o de aceitar os termos do instrumento constituído por vontade de membros de outros Estados seja com a sua participação direta ou não. Desta forma, as ratificações de convenção decorrem da expressa manifestação do exercício da soberania Estatal. O que não acontece com a regulamentação de *lex mercatoria*.

---

<sup>63</sup> Exceto nos casos do artigo 12º da Convenção de Viena de 1969 em que a assinatura gerará efeitos jurídicos imediatos.

Neste sentido, para que as *lex mercatoria* seja reconhecidas pelos Estados, seria necessária a sua expressa aceitação para que delegasse tais leis a sua regência nos assuntos de comércio internacional.

#### 6.7. Princípios do *UNIDROIT* 2004

*UNIDROIT* é o Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado, criado em 1926, e reformulado em 1940, sendo uma organização internacional intergovernamental, que vincula atualmente 59 Estados-Membros, incluindo o Brasil, que o reconheceu em 1944.

É um instituto independente dos Estados que lhe são membros, possibilitando a criação de trabalhos imparciais e sem interferência política dos Estados.

O *UNIDROIT* realiza as seguintes modalidades de trabalhos: (i) uniformização, por meio de Convenções e tratados, os quais devem ser ratificados pelos Estados, (ii) leis modelos, (iii) princípios gerais e (iv) guias legais. Os trabalhos desenvolvidos nos itens de “ii” a “iv” são considerados trabalhos alternativos, pois não exigem uma aprovação expressa dos Estados, servindo como orientação e modelos direcionados aos juizes, árbitros, legisladores e contratantes de vários Estados.

Nadia de Araujo (2009, p. 153) bem destaca que “o trabalho do Instituto não é dirigido para a transformação de seus textos apenas em convenções internacionais, mas ainda para serem utilizados como uma fonte para os tribunais que precisam cuidar dessas questões.”

Os Princípios do *UNIDROIT* 2004, doravante denominado apenas Princípios, estão na modalidade de trabalho alternativo desenvolvido, sendo que podem ser utilizados como parâmetro na solução de contratos pelas mais variadas câmaras de arbitragem, bem como eleita pelas partes para a solução de conflitos que surja em decorrência do relacionamento comercial existente.

Em relação à influência dos Princípios no Brasil, assim como já destacado para a Convenção de Viena (1980), principalmente após a lei de arbitragem<sup>64</sup>, sua aplicação também ganhou maior destaque, já que a mencionada lei permite que na arbitragem as partes ou os árbitros escolham ou se utilizem de normas anacionais, sempre com observância a não violar os bons costumes e a ordem pública.

Neste sentido, sabemos que os Princípios atendem a exigência da lei nacional, basta as Partes e os árbitros começarem a escolhê-la para reger eventuais conflitos.

Professora Nadia de Araujo (2009, p. 155) destaca que o artigo 2º da Lei 9.307/96 permite a desnacionalização da lei aplicável à arbitragem, mesmo que para contratos nacionais, desta forma, os Princípios poderiam se popularizar no cenário nacional.

Já nos Tribunais brasileiros, a aplicação direta dos Princípios pelos meritíssimos seria mais complexa, pois decorrente de normas não estatais, o que não está autorizado pelo atual sistema nacional.

Para solucionar esta situação, o professor Lauro Gama Jr (2006, p. 447) bem indica que a ratificação do Brasil pela Convenção Interamericana faria com que o sistema nacional aceitasse a aplicação de normas e princípios do direito comercial internacional, conseqüentemente teria-se uma autorização para aplicar os Princípios em solução de contratos comerciais.

Entretanto, indiretamente, os Princípios podem ser utilizados para, frente a lacunas no sistema nacional, auxiliar os juízes a solucionarem o caso transacional que está em análise, já que o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil permite que em casos de omissões os princípios gerais do direito sejam consultados e até mesmo que o juiz fundamente suas decisões. (GAMA JR, 2006, p. 452).

Por fim, mesmo em face da expressa falta de autorização nacional para se aplicar os Princípios, esses não violam a ordem pública nacional, o que não restariam motivos para que os Tribunais nacionais deixassem de homologar sentença promulgada no exterior com fundamentos nas regras dos Princípios.

---

<sup>64</sup> Lei 9.307/96, art 2º.

### 6.7.1. Origem

Os Princípios tiveram como fontes a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de mercadorias de 1980, bem como normas não estatais emitidas por órgãos atuantes na área do comércio internacional, como a Câmara de Comércio Internacional.

Entretanto, Lauro Gama Jr (2006, p. 206) diz que “Os Princípios do UNIDROIT relativos aos Contratos do Comércio Internacional nasceram sob o signo do pós-positivismo, da descodificação e da americanização do direito privado internacional.”, visto que foi influenciado essencialmente por documentos americanos como pelo *Uniform Commercial Code*, tanto formal quanto substancialmente, e pelo *Restatement (Second) of the Law of Contracts*, no plano formal – incluindo forma, conteúdo e finalidade. (GAMA JR, 2006, p. 255).

Além de ter servido de inspiração, os documentos acima (Convenção de Viena (1980), normas não estatais e os documentos americanos) deverão ser utilizados como fonte de consulta, mesmo após a edição dos Princípios, caso estes apresentem lacunas e sejam omissos. Os Princípios definem que nestas situações, o intérprete deve buscar orientação nos próprios Princípios, e não sendo possível resolver a questão, a solução deverá ser buscada em conformidade com os princípios gerais em que os Princípios se inspiraram. (GAMA JR, 2006, p. 255).

### 6.7.2. Aplicação dos Princípios:

Por meio do preâmbulo, define-se que a aplicação dos Princípios ocorrerá sempre que as partes assim desejarem, sendo que não se exige que no instrumento contratual faça a menção expressa aos Princípios, mas sim que as Partes esperam que os princípios gerais do direito ou *lex mercatoria* ou outra fórmula semelhante governe a relação contratual.

Havendo referência neste sentido, os Princípios serão aplicados caso eventual lide venha a ser travada entre os contratantes. A espontaneidade para

destacar a autonomia da vontade é de vital importância, já que somente pela escolha das partes os Princípios serão aplicados. (ARAUJO, 2009, p. 154).

A razão pela qual o texto do UNIDROIT reconhece a *lex mercatoria* se fundamenta na origem da *lex*, conforme vimos, já que tanto os Princípios quanto a *lex* são emitidos por órgãos não governamentais e refletem a prática internacional derivada dos comerciantes, não havendo influências diplomáticas nos institutos.

Lauro Gama Jr(2006, p. 231) afirma que:

Os Princípios do UNIDROIT constituem um *restatement* do direito do comércio internacional. Por conseguinte, diz-se que é a *nova lex mercatoria* que se está reafirmando (*restating*) através deles. Daí ser papel dos Princípios conferir substância a prática internacional, como fonte do direito, e prover conteúdo ao sistema da *nova lex mercatoria*.

Neste mesmo sentido, o preâmbulo também expressamente faz referência aos princípios gerais do direito, pois os Princípios representam a codificação dos princípios gerais do direito, aplicáveis aos contratos do comércio internacional, preceituando normas que conferem as melhores soluções para o assunto.

Por fim, o preâmbulo determina que os Princípios podem ser utilizados para a solução de conflitos em casos de omissão na escolha de um direito aplicável ao caso.

### 6.7.3. Conteúdo

Os Princípios são considerados como *soft law* em contraposição do *hard law*, existente nas convenções, tratados e leis nacionais, por serem instrumentos alternativos, não exigindo a ratificação Estatal e que, se não seguidos, não acarretam consequências para os organismos estatais.

O *soft law* são normas de direito que servem de fundamentação e legitimação de comportamentos, sendo que a não observância das mesmas não gera uma verdadeira violação do instituto jurídico, pois desde quando publicados busca-se a orientar condutas e não exigir a observância.

Lauro Gama Jr (2006, p. 246) menciona que:

Não há um conceito único de *soft law*, mas um conceito multifacetado, plural. Para alguns, tratam-se de normas de um direito flexível, que servem basicamente como *critério de fundamentação de decisões* ou de *legitimação* de práticas e de comportamentos típicos de natureza profissional no domínio do comércio internacional, embora sejam desprovidas de caráter vinculativo e atuem mediante a persuasão ou pelo convencimento da sua conformidade com o direito, em sentido lato, ou com a deontologia comercial. Para outros, são regras cujo valor normativo é limitado, seja porque os instrumentos que as contêm não seriam juridicamente obrigatórios, seja porque as disposições em causa, ainda que figurando em instrumento constringente, não criam obrigações de direito positivo ou não criam senão obrigações pouco constringentes.

#### 6.7.4. Liberdade Contratual

Os Princípios conferem a liberdade às partes para (i) escolherem a forma do contrato, sendo que os Princípios primam pelo consensualismo, que se manifesta por meio do liberalismo, permitindo que os contratos sejam celebrados por quaisquer meios, escritos ou não escritos, (ii) anuírem às obrigações de acordo com os seus interesses, podendo até mesmo realizarem alterações de cláusulas durante o curso contratual<sup>65</sup> e (iii) liberdade de contratar com qualquer pessoa, inclusive com entidade estatal.

Entretanto, a professora Nadia de Araújo (2009, p. 154) bem adverte que a escolha dos Princípios deve estar combinada com a eleição de um tribunal arbitral, já que, não se tratando de leis estatais, um tribunal estatal poderia deixar de reconhecê-la.

Por isso, não obstante a liberdade contratual, a cláusula de jurisdição deve ser inserida no documento, sob pena de colocar em risco a escolha das partes.

Assim como os demais instrumentos, a liberdade de escolha encontra limitações quando conflitar com as normas de ordem pública estatal ou que violem a observância da boa-fé e/ou da lealdade negocial. Em relação à primeira, conforme

---

<sup>65</sup> Desde que não afete direito de terceiros, como definido em todos os instrumentos.

vimos, não se permite que a lei eleita impeça a aplicação das normas de ordem pública e em relação as últimas, as partes não podem excluir nem limitar o alcance da obrigação de segui-las <sup>66</sup>.

A boa-fé, de grande importância, se caracteriza pela transparência, proibição de enganos, dever de informação, dever de cooperação entre as partes em todas as fases do contrato, inclusive na pré-contratual.

Exemplo de jurisprudência na qual os Princípios foram utilizados e que, em essencial, se aplicou os princípios da boa-fé e lealdade negocial, foi na sentença da Câmara de Arbitragem de Paris, a qual buscou nos Princípios respaldo para solucionar o caso Andersen Consulting Business Unit e a Arthur Andersen Business Unit. A decisão foi proferida no sentido de que a ré, Artur Anderson, não violou o contrato de forma fundamental, mas sim violou a obrigação de cooperação tácita e o dever de desenvolver as atividades segundo a boa-fé e a lealdade negocial, que são inerentes aos contratos internacionais e expressamente estatuídos no artigo 1.7 dos Princípios do *UNIDROIT*. (GAMA JR, 2006, p. 319).

Como consequência da boa-fé, entende-se que há

O dever do contratante de manter um comportamento coerente, já que frequentemente o comportamento das partes constitui fonte de expectativas, que variam conforme a cultura, e devem ser protegidas de inesperadas mudanças de condutas. (GAMA JR, 2006, p. 3325).

Por fim, o autor Arthur Hartkamp ([s.d], p. 113) ao comparar o artigo que trata da boa-fé nos Princípios<sup>67</sup> com os da Convenção de Viena (1980), coloca que nos Princípios houve uma melhoria, já que neste inclui-se a questão da observância da lealdade negocial além da boa-fé ao realizar o comércio internacional.

#### 6.7.5. Usos e Práticas

Assim como regra da Convenção de Viena (1980), os usos consentidos e as práticas adotadas vinculam as partes, bem como os usos amplamente conhecidos

---

<sup>66</sup> Art. 1.7.2.

<sup>67</sup> Art. 1.8

no comércio e aplicáveis ao objeto que contrato, mesmo que não definido no instrumento<sup>68</sup>. Frente à omissão contratual, o contrato sofrerá influência dos usos e práticas quando decorrentes do comércio internacional e que sejam de aplicação reconhecida pelas partes e que seja razoável a aplicação ao caso.

Por meio da liberdade contratual, as partes podem renunciar aos usos amplamente utilizados no comércio de forma expressa.

#### 6.7.6. Formação do contrato

Semelhante aos elementos trazidos pela Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de mercadorias de 1980, o contrato se formaliza com a aceitação da proposta ou conduta que manifeste a sua aceitação.

A proposta, em regra, deverá ser suficientemente precisa e conter a obrigação do proponente em se obrigar aos termos quando aceita pelo destinatário.

Os artigos que inovam em relação à formação dos contratos em conformidade com o que já discorremos sobre a Convenção de Viena (1980) são 2.2.12, 2.2.14, 2.2.15 a 2.2.17, 2.2.19 a 2.2.22, além da possibilidade de aplicação a uma generalidade de contratos, conforme veremos nos seguintes pontos.

##### 6.7.6.1. Generalidade de Contratos

Os Princípios poderão ser aplicados a todas as modalidades de contratos internacionais do comércio, não há uma lista de exclusões referentes ao conteúdo, desde que inerente à atividade comercial internacional, os Princípios podem se eleitos pelas partes para solucionar conflitos.

Em relação ao que venham ser os contratos com característica “comercial”, os princípios não definem, entretanto é nos comentários oficiais dos Princípios que se

---

<sup>68</sup> Não obstante a orientação dada por Peter ao comentar a Convenção das Nações Unidas. (HUBER e MULLIS, 2007, p. 85).

esclarece o que o termo compreende, informando que o conceito não pretende que o Princípios sejam direcionados apenas aos entendimentos entre pessoas cuja natureza da relação seja de comerciantes, em exclusão as relações entre civis. Busca-se principalmente excluir as transações referentes às relações de consumo, que são tratadas em vários sistemas legais por normas bastante específicas, com vistas à proteção do consumidor.<sup>69</sup>

#### 6.7.6.2. Artigo 2.1.12 – confirmação escrita da proposta

Se a confirmação da aceitação da proposta contiver elementos complementares ou diferentes, estes incorporarão o contrato. Haverá apenas uma nova proposta expedida pelo destinatário ao proponente original se houver alterações substanciais em relação à proposta inicial. (HARTKAMP, [s.d], p. 113)

O destinatário destes novos termos, que incorporarão o contrato, poderá rejeitá-los se manifestar sua intenção sem demoras injustificadas. Nota-se que os Princípios há um critério mais rígido para que uma nova proposta seja constituída, devendo efetivamente haver alterações substanciais.

#### 6.7.6.3. Artigo 2.1.14 – contratos com cláusulas a determinar futuramente pelas partes ou por terceiro

A formação do contrato não será prejudicada se as partes tiverem a intenção de concluí-lo e definirem que determinadas cláusulas serão definidas posteriormente, seja por elas ou devido a informações a serem concedidas por terceiros.

#### 6.7.6.4. Artigo 2.1.15 – Má-fé

---

<sup>69</sup> Conforme comentário oficial do preâmbulo dos Princípios.

Os princípios têm um artigo específico em que coíbe a má-fé e determina a obrigação de indenizar a parte inocente. Exemplo de má-fé é identificado no artigo em referência, definido que “Considera-se de má-fé, especialmente, a parte que inicia ou prossegue negociações com a intenção de não chegar a um acordo com a outra parte.”<sup>70</sup>

#### 6.7.6.5. Artigo 2.1.16 – Dever de confidencialidade

O dever de não divulgar nem utilizar as informações recebidas durante a negociação do contrato, independente da sua conclusão, é notório. A parte que violar esta obrigação deverá indenizar a outra na medida do benefício que obtiver com a divulgação inapropriada.

A inovação trazida pelos Princípios reflete a preocupação daqueles que precisam divulgar informações ainda na fase pré-contratual, não obstante, apenas pecou ao limitar a indenização ao montante em que a Parte auferiu de lucros/benefícios com a violação do segredo, não levando em consideração os prejuízos que podem ser causados a outra parte com a divulgação inapropriada.

#### 6.7.6.6. Artigo 2.1.17 – Integralidade do contrato

Uma vez definido no instrumento que o documento reflete a integralidade das negociações entre as partes, a cláusula deverá ser respeitada. Documentos celebrados anteriormente pelas partes poderão ser utilizados como auxiliares na interpretação do contrato, mas não poderão contrariar ou suplementar o contrato.<sup>71</sup>

---

<sup>70</sup> Art. 2.1.15.

<sup>71</sup> Para efeito de interpretação apenas será possível, utilizarem as partes de documentos anteriores. Ações e declarações também podem ser utilizadas com a finalidade interpretativa, sendo que estas devem ser interpretadas segundo a intenção do autor. Para auxiliar na interpretação, devem ser levadas em conta as negociações preliminares, as práticas, as consultas posteriores à celebração do contrato, a natureza e objetivo do contrato, o sentido geralmente atribuído às cláusulas e os usos aplicáveis. O Capítulo 4 dos Princípios define a forma pela qual a interpretação destes documentos deve ocorrer, disciplinando, por exemplo, como solucionar casos em que a intenção do autor não possa ser identificada nos documentos.

#### 6.7.6.7. Artigo 2.1.19 a 2.1.22 – Cláusulas-padrão

Trata-se da situação da aplicação das cláusulas-padrão, que são aquelas elaboradas por uma das partes para uso geral e reiterado, não permitindo a negociação pela outra parte dos termos ali constantes, semelhante ao contrato de adesão.

Nestes casos, se a parte não poderia razoavelmente esperar o resultado decorrente da cláusula-padrão, analisando a sua linguagem e conteúdo, a cláusula-padrão será considerada sem eficácia.

Se as partes não chegarem a um acordo a que se referem às cláusulas-padrão, estas não serão consideradas como integrantes do contrato se não forem substancialmente comum a ambas as partes. A parte que não queira abrir mão da cláusula-padrão deverá comunicar a outra parte com antecedência devida a respeito de sua intenção.

Por fim, havendo conflito entre a cláusula-padrão e uma contratual, aplica-se a contratual.

#### 6.7.7. Conteúdo do contrato<sup>72</sup>

O contrato se compõe de obrigações que devem ser executadas pelas partes, sendo estas denominadas de obrigações explícitas. Os Princípios definem que as partes devem observá-los e segui-los. Em adição a estes, os Princípios se preocupam com as obrigações tácitas, que decorrem da natureza e do objetivo do contrato, das práticas estabelecidas entre as partes e dos usos, da boa-fé e do que é razoável se esperar como obrigação do contrato. A obrigação de meio também é imputável ao devedor, sendo que a de resultado está expressa e é objeto do contrato, por isto, vital.

Havendo terceiros beneficiários do instrumento assinado entre promitente e estipulante, somente poderá exigir direitos na medida em que estejam definidos no contrato. Neste sentido, o terceiro beneficiário pode invocar uma cláusula existente no

---

<sup>72</sup> O capítulo de Conteúdo do Contrato esteve por muito tempo combinado com o capítulo da Execução, entretanto estes foram divididos de forma a deixar clara as diferenças referentes às matérias. (HARTKAMP, [s.d], p. 114).

contrato, em que não é parte, mas lhe concedeu o direito, com a finalidade de se ver excluído ou impor limites aos seus direitos e/ou obrigações.

Em uma eventual ação contra o terceiro que anuiu ao contrato, o promitente pode utilizar-se de todos os meios que teria direito se fosse contra o estipulante.

O direito concedido ao terceiro pode ser revogado pelas partes do contrato. Por seu turno, o terceiro beneficiário pode renunciar ao direito que lhe está sendo conferido.

Ainda o direito sendo estipulado em favor de terceiro, determinado ou possível de ser determinado, não precisa da anuência expressa deste.

#### 6.7.8. Execução do Contrato

Na data ou no período definido no instrumento e, na medida do possível e exceto se determinado de forma diversa pelas partes, o devedor deve executar a sua obrigação de uma só vez. Não sendo o momento da execução definido no contrato, os Princípios definem que deverá ocorrer dentro de um prazo razoável após a conclusão do contrato.

Ocorrendo o vencimento do prazo e o devedor se propõe a executar parcialmente a sua obrigação, cabe ao credor o direito de aceitar ou não que se iniciem as atividades parciais, mesmo que o devedor dê garantia de que realizará o restante das obrigações, fora do prazo anuído. Sempre que o devedor execute as obrigações parcialmente, se o credor incorrer em despesas adicionais caberá ao devedor suportá-las.

Na execução antecipada das obrigações do devedor, fica a critério do credor aceitá-las ou não. Se aceitar, ao devedor cabe suportar as despesas adicionais, e ainda, em nada deverá afetar a obrigação o credor se o devedor realiza antecipadamente suas atividades, em regra.

É possível que o credor conceda prazo adicional ao devedor para que realize as obrigações, sendo que, havendo a prorrogação do prazo, o credor fará jus à

indenização por perdas e danos. O credor, ao conceder prazo adicional, pode avisar no mesmo instrumento ao devedor que em caso de atraso dentro do prazo adicional o contrato poderá ser rescindido.

Se o contrato estiver condicionado à emissão de uma autorização pública incumbe a parte que tem estabelecimento neste Estado tomar as medidas necessárias para obter a autorização. No mesmo sentido, a obrigação de obter a autorização incube a parte cuja execução da obrigação depender da autorização.

Se a autorização não for concedida, sendo realizadas todas as cautelas para o sucesso da concessão da autorização, o contrato poderá ser terminado por uma das partes. Se a falta de autorização afetar apenas parte do contrato, a parte não afetada permanecerá válida.

#### 6.7.9. Cláusula *hardship*

As partes devem cumprir com as obrigações assumidas por meio do contrato, mesmo que se torne mais onerosa para uma delas. As exceções a esta premissa acontecem apenas quando se caracterizar o *hardship* marcado pelo desequilíbrio obrigacional das partes.

Existe *hardship* quando sobrevêm eventos que alterem fundamentalmente o equilíbrio das prestações, seja pelo aumento do custo da execução das obrigações ou pela diminuição do valor da contraprestação, e

- (a) os eventos tenham ocorrido ou se tornado conhecidos da parte lesada após a conclusão do contrato,
- (b) a parte lesada não pôde, no momento da conclusão do contrato, razoavelmente levar tais eventos em consideração;
- (c) os eventos escapam do controle da parte lesada; e
- (d) o risco de tais eventos não foi assumido pela parte lesada.<sup>73</sup>

---

<sup>73</sup> Conforme art. 6.2.2.

Note que os Princípios exigem a composição de todas as premissas acima para que o *hardship* fique caracterizado. Somente nestas circunstâncias se permitirá a revisão do contrato por meio de solicitação da parte lesada para que as condições contratuais sejam alteradas de forma a restabelecer a onerosidade ou até mesmo se analisar a possibilidade de resolvê-lo<sup>74</sup>. A solicitação feita à outra parte deve ser realizada sem atrasos indevidos.

Enquanto se renegocia o contrato, a parte lesada mantém-se na obrigação de executar as obrigações originais. Não havendo acordo, recorre-se ao tribunal. Identificando-se que o *hardship* está caracterizado, o tribunal poderá determinar o término do contrato ou adaptar o instrumento de forma a restaurar o equilíbrio das prestações.

A diferença entre o *hardship* e a força maior se fundamenta essencialmente no fato de que caracterizado o *hardship* ainda há a possibilidade de manter a obrigação assumida, entretanto a mesma se torna muito onerosa, enquanto nos casos de força maior é impossível realizar a obrigação contratual. (ARAUJO, 2009, p. 319).

#### 6.7.10. Força maior

Está no capítulo de inexecução, pois uma vez caracterizada acarreta o fim à execução do contrato, exonerando o devedor das consequências de seu término.

Se o impedimento for temporário, a dispensa das obrigações será enquanto durar os efeitos da força maior. Todavia, os efeitos da exoneração estão condicionados ao envio de notificação do devedor ao credor o mais breve possível após tomar conhecimento do fato ou do momento em que deveria ter tomado conhecimento. A notificação deverá conter as informações sobre o impedimento e as consequências aplicáveis ao contrato.

#### 6.7.11. Direitos à execução

---

<sup>74</sup> Arthur Hartkamp considera que o *hardship* é uma exceção contratual, pois possibilita a revisão ou até mesmo o término do contrato. (HARTKAMP, [s.d], p. 114).

O credor poderá sempre exigir que o devedor cumpra com as obrigações assumidas no contrato, e se estas obrigações não forem pecuniárias, o credor apenas não poderá exigi-las do devedor se: (i) impossíveis jurídica ou materialmente; (ii) caracterizar esforços ou custos despropositados do devedor; (iii) que a obrigação possa ser cumprida de outra forma; (iv) se for personalíssima ou (v) percurso do prazo em que o credor deveria ter realizado a cobrança. Nestes casos, o credor deverá converter a execução específica em perdas e danos.

#### 6.7.12. Garantias

Se a parte tiver motivos razoáveis de que a obrigação não será cumprida, poderá exigir da outra parte que ofereça garantia de que a realizará. Se a garantia não for prestada, a parte que a exigiu poderá terminar o contrato.

#### 6.7.13. Compensação

O artigo referente à possibilidade de compensação foi inserido na última renovação dos princípios que aconteceu em abril de 2004<sup>75</sup>, tendo em vista a aceitação dos Princípios nas comunidades e a identificação da necessidade tratar de novos temas.

Os Princípios definem quais são os requisitos para que as compensações ocorram, sendo que as partes devem ser ao mesmo tempo credoras e devedoras uma das outras, e as dívidas serem da mesma espécie. Os requisitos comuns são de que as dívidas devem ser líquidas e já exigíveis para que a compensação ocorra. A parte deverá sempre notificar a outra, detalhando qual dívida será compensada para evitar surpresas e que se desconte proporcionalmente de outras dívidas existentes entre as partes.

---

<sup>75</sup>O Grupo de Trabalho para a preparação da Parte II dos Princípios foi estabelecido em 1997, com a finalidade de aperfeiçoar e introduzir novos temas aos Princípios.

#### 6.7.14. Cessão de Créditos

Também incluído aos Princípios em abril de 2004, trata da situação em que o credor cede seu crédito a um terceiro, para que este passe a ser o atual credor em relação ao devedor originário. A obrigação sendo transferida pode ser tanto pecuniária quanto decorrente de uma prestação a ser executada.

Exclui a aplicação dos Princípios quando a cessão for decorrente de:

- (a) Instrumentos como títulos negociais, notas promissórias, letras de câmbios, títulos de propriedade, conhecimentos de embarque e instrumentos financeiros como debêntures ou
- (b) Créditos no contexto de uma transferência de empresa, já que se sujeitam as normas especiais.<sup>76</sup>

Os Princípios disciplinam que a cessão de crédito poderá ocorrer desde que não a torne essencialmente mais onerosa à outra parte. Todavia, qualquer custo adicional que cause ao devedor, deverá ser ressarcido ao devedor seja pelo cedente seja pelo cessionário.

Em regra, o devedor não precisa ser notificado a respeito da cessão sendo realizada, exceto se de caráter pessoal ou se definido no instrumento contratual.

Entretanto, em se tratando de créditos de natureza pecuniária, mesmo que exista a proibição quanto à cessão, esta poderá ocorrer, mas em caso de não cumprimento, o cedente será quem cobrará o devedor.

Lauro Gama Jr (2006, p. 402), afirma que

A idéia subjacente é o favorecimento da cessão de créditos, tendo em vista a sua importância no financiamento do comércio internacional, mesmo que isso se dê em detrimento do *pacta sunt servanda*. Assim o artigo 9.1.9(1) assegura a proteção ao cessionário de um crédito pecuniário contrato os efeitos da *cláusula proibitiva da cessão*, permitindo que o negócio alcance plena eficácia.

---

<sup>76</sup> Alguns exemplos podem ser conferidos no livro de Lauro Gama Jr. (2006, p. 400).

Sendo a obrigação não pecuniária, a proibição de não cessão do contrato, deve ser observada sob pena de invalidade da cessão realizada entre cedente e cessionário.

A notificação é o marco que oficializa a transferência do crédito, antes da notificação, o devedor não poderá pagar ao cessionário, sob pena de pagar a terceiro sem direitos efetivos sobre a obrigação que realiza o pagamento.

Quanto à defesa do devedor frente ao cessionário, cabem todos os meios que teria direito se fosse contra o cedente. Ainda, será permitida a compensação do devedor em face do cessionário em relação a direitos que tinha contra o cedente adquiridos até a data da notificação. Devido a esta possibilidade de compensação, para que não seja prejudicado, vale a pena o cessionário sempre verificar quais são os direitos do devedor antes de aceitar o crédito e ainda tratar da situação frente ao cedente por meio do instrumento de cessão.

Ainda, os Princípios definem os elementos que devem constar do documento que define a cessão do crédito, com o objetivo de evitar que o crédito já tenha sido cedido anteriormente ou que o cedente tem o direito de ceder o crédito, tudo em vistas a ter a relação transparente.

#### 6.7.15. Cessão de Débitos<sup>77</sup>

Pode ocorrer por vontade do devedor original ou por vontade do credor. Assim, o devedor pode ceder sua obrigação a terceiro (novo devedor), e o credor pode encontrar um novo devedor que aceite assumir a obrigação. A cessão de débito não se aplica àqueles realizados no âmbito de uma transferência de empresas, pelos mesmos motivos em que a cessão de crédito não ocorre, ou seja, necessidade de analisar direitos específicos sobre o assunto.

A cessão opera efeitos a partir do momento em que o credor recebe a notificação, mesmo que já que tenha anuído previamente. O consentimento do credor é necessário para que se aperfeiçoe a cessão de débitos.

---

<sup>77</sup> Instituto também incluído em 2004.

Em qualquer cessão de débito, o credor poderá manter o credor primitivo como solidariamente obrigado ao novo devedor, ao seu critério. Em caso de omissão, os Princípios definem que se entenderá solidariamente responsável com o novo devedor.

Uma vez dispensando o devedor originário, esse fica liberado de todas as garantias que havia oferecido, exceto se tenha dado início a qualquer fase da sua obrigação.

Não sendo obrigação de caráter pessoal, o devedor pode convencionar com terceiro para que execute a obrigação, sem a anuência do credor. Esta situação geralmente é aplicável quando o credor não anui com a cessão, e neste caso há uma delegação – subcontratação – na qual a relação sempre será entre credor e devedor, se o terceiro realizar serviço defeituoso, o credor acionará o devedor.

Quanto à defesa do credor frente ao novo devedor, cabem todos os meios que teria direito se fosse contra o devedor originário. Compensação não será permitida pelo novo devedor mesmo os decorrentes do devedor originário.

#### 6.7.16. Cessão de Contratos<sup>78</sup>

Exige-se sempre o consentimento da outra parte, sendo que a cessão produzirá efeitos sempre com notificação da cessão, mesmo que ciência ou anuência tenha sido realizada antecipadamente.

A nova parte pode liberar o cedente das obrigações contratuais ou mantê-lo solidariamente responsável, ao seu critério. Havendo ausência na escolha, considera-se que há a solidariedade entre cedente e o cessionário.

#### 6.7.17. Prazo de Prescrição<sup>79</sup>

---

<sup>78</sup> Instituto também incluído em 2004.

<sup>79</sup> Instituto também incluído em 2004.

Aplicáveis apenas aos direitos previstos nos Princípios, aos demais aplicassem as prescrições estatais. Em casos de conflito entre as prescrições dos Princípios e as Estatais, essas últimas serão as que prevalecerão, pois por força do artigo 1.4 dos Princípios, as normas imperativas estatais prevalecem sempre.

Os Princípios definem que será de 3 anos o prazo prescricional, a contar do dia em que o credor tenha conhecido ou devesse conhecer o fato que lhe permite exercer o direito, sendo que o prazo máximo é de 10 anos a contar do dia seguinte ao qual o direito poderia ser exercido. O prazo máximo busca a não gerar uma responsabilidade perpétua entre os contraentes, bem como fazer como que o credor busque saber seu direito.

O reconhecimento de direito ao credor por parte do devedor, antes da expiração do prazo geral, dá início à contagem de um novo prazo geral, mas sempre limitado ao prazo máximo.

Em consonância com a liberdade contratual, as partes podem definir novo prazo prescricional para as suas obrigações.

Causas de suspensão de prazo prescricional também são indicadas pelos Princípios, e estes se caracterizam pela propositura de ação judicial, início de procedimento arbitral, outra forma de solução alternativa de controvérsias e em caso de força maior, morte ou incapacidade.

A prescrição somente produzirá efeitos quando invocada pelo devedor, sendo desta forma vista como um meio de defesa a ser invocado pela parte devedora. Mesmo havendo a prescrição, o devedor poderá invocar outros direitos.

#### 6.7.18. Resolução

Assim como na Convenção de Viena (1980), os Princípios definem que o contrato poderá ser resolvido quando houver uma violação contratual de caráter essencial. Lauro Gama Jr (2006, p. 376) define que a resolução essencial ocorre quando as seguintes situações, não de forma cumulativa, estiverem caracterizadas no caso concreto:

a) privar substancialmente o credor daquilo que legitimamente esperava do contrato, salvo se o devedor não previu ou não podia razoavelmente prever tal resultado; b) o cumprimento estrito da obrigação for da essência do contrato; c) a inexecução for intencional ou temerária; d) da inexecução criar no credor a convicção de que não poderia contar com o cumprimento futuro pela outra parte; e e) o devedor vir a sofrer, em caso de resolução, um prejuízo excessivo resultante da preparação ou da execução do contrato.

Ocorrendo estas circunstâncias, a notificação à parte violadora deverá ser enviada em prazo razoável, para que a parte inocente possa exigir seus direitos decorrentes da violação essencial. Nota-se que a exigência dos Princípios é mais acirrada em relação à Convenção de Viena (1980), essencialmente em relação aos itens “b”, “c”, e “e” acima.

Para o autor Arthur Hartkamp ([s.d], p. 118), ao comparar os princípios do contrato europeu com a classificação da Convenção de Viena (1980), ele indica que os princípios europeus são mais detalhados do que a Convenção de Viena (1980). E na sequência, ele ressalta que os princípios europeus são menos elaborados do que a classificação de Princípios. Consequentemente, o conceito de “fundamental non-performance” dos Princípios para o autor Arthur Hartkamp também é mais elaborado em relação à classificação concedida pela Convenção de Viena (1980).

Entretanto, havendo concessão de prazos adicionais e estes não sendo cumpridos, opera-se a resolução essencial, como em Viena (1980).

#### 6.7.19. Efeitos da resolução

Conforme leciona Lauro Gama Jr (2006, p. 379) a resolução acarreta a responsabilidade de indenizar por perdas e danos à parte inocente, bem como gera a obrigação de restituir o que uma parte tenha entregue a outra.

Quanto à indenização, as perdas e danos deverão ser pagas ao credor na medida em que os Princípios não determinem as exonerações de responsabilidade pelo pagamento. As mesmas compreendem os lucros cessantes, ou seja, a perda sofrida pelo credor quanto aos ganhos de que foi privado e danos morais, pois resultam notadamente do sofrimento físico ou moral, prejuízos, desde que certos para

serem indenizáveis, havendo expectativa de prejuízos, a indenização ocorrerá de acordo com a probabilidade de chances de sucesso da sua realização.

Não obstante os prejuízos acima elencados como passíveis de indenização, a previsibilidade do prejuízo, assim como em Viena (1980), também é marcada nos Princípios, assim o devedor apenas indenizará pelos prejuízos de que tinha possibilidade de prever no momento da conclusão do contrato. Juros também são aplicáveis ao montante a ser indenizado a partir da data do vencimento da indenização. (GAMA JR, 2006, p. 385).

Por fim, se em decorrência do término contratual devido à violação de uma das partes, outro contrato for celebrado com a finalidade de substituí-lo pelo anterior, em prazo e termos razoáveis, o credor poderá cobrar a diferença dos preços que lhe prejudicam contra o devedor original, além das perdas e danos por qualquer outro prejuízo complementar. Se o contrato substitutivo não for celebrado, o direito à indenização persiste, devendo o credor analisar o preço de mercado e cobrar a diferença do devedor.

Havendo cláusula de indenização no contrato, esta será sempre observada independente do prejuízo efetivamente sofrido pela outra parte. Não há que se apurar se a indenização será paga, uma vez que já foi anuída pelas partes, exceto se for manifestadamente excessiva em relação ao prejuízo efetivamente sofrido.

A indenização do devedor poderá ser reduzida se o credor houver de qualquer forma contribuído para o ato que deu causa ao término contratual, na medida em que tenha concorrido. No mesmo sentido, frente ao término contratual, cabe ao credor tomar sempre medidas para atenuar os prejuízos. Se para isto o credor incorrer em despesas adicionais, o devedor deverá indenizá-lo, pois aquele age no sentido de minimizar as futuras despesas do devedor.

Quanto à restituição, Lauro Gama Jr (2006, p. 377) afirma que, havendo o término contratual em conformidade com as situações previstas nos Princípios, é permitido exigir a restituição do que uma parte tenha prestado a outra durante a execução do contrato. O que não pode ser restituído *in natura* deverá ser realizado levando-se em conta o valor correspondente.

As cláusulas referentes à forma de solução de conflito e outras que tratem de situação pós-término contratual, as de não concorrência e a de confidencialidade (GAMA JR, 2006, p. 377) sobrevivem ao término contratual.

## 6.7.20. Anulação do Contrato

Situações que afetam a validade do contrato em conformidade com os Princípios são os derivados dos defeitos do consentimento, já que ferem a estrutura de boa-fé na qual se pautam os Princípios como: (i) o erro, (ii) o dolo ou fraude e (iii) a coação.

O erro somente poderá ser arguido por:

uma das partes se o mesmo era de tal importância que uma pessoa razoável, colocada nas mesmas circunstâncias não teria feito em condições substancialmente diferentes caso conhecesse a verdadeira situação, e: (a) a outra parte tenha cometido o mesmo erro, ou causado o erro, ou sobre ou deveria saber do erro e do fato eu era contrario às exigências de boa-fé em matéria comercial manter a parte contraria em erro ou (b) o outra parte não tenha agido razoavelmente, no momento da anulação, em conformidade com as disposições contratuais.<sup>80</sup>

Da mesma forma, os Princípios definem as circunstâncias em que o dolo e a coação ficarão caracterizados.<sup>81</sup>

Ainda, a situação que caracterize vantagem excessiva a uma parte, causando lesão a outra, é justificativa para se declarar a nulidade do instrumento contratual.

Para todas as causas acima, a manifestação de vontade no sentido de anular o contrato deve ser realizada por meio de notificação feita da parte prejudicada a outra parte. A notificação poderá conter a vontade em anular o contrato desde a data de celebração ou anulá-lo parcialmente. A notificação deve acontecer dentro de prazo razoável a partir da ciência da situação pela parte prejudicada.

Arthur Hartkamp ([s.d], p. 113) menciona que uma vez anulado o contrato devido aos defeitos do consentimento, a anulação tem efeito retroativo, de forma que as partes retornem ao estado anterior da celebração do contrato.

---

<sup>80</sup> Art. 3.5.

<sup>81</sup> Os textos são bem explicativos, o que não faz a necessidade de reproduzi-los para explicar o que vem a ser cada instituto e quando ficará caracterizado cada um deles.

Ainda, com base nos princípios da boa-fé e cooperação existentes nos Princípios, se uma das partes sabe da situação que deu causa à anulação e mesmo assim se manter em silêncio, esta parte deverá indenizar a outra, da mesma forma que indeniza quanto à violação fundamental do contrato. Neste ponto, Arthur Hartkamp ([s.d], p. 113) menciona que a indenização é justificável, pois, esperava-se que a parte que tem ciência do defeito realizasse proposta de forma a modificar o contrato para superar o defeito.

Quanto à restituição, aplica-se a mesma regra existente no caso de término contratual por violação essencial.

## 7. Lei de Nova Iorque

Embora não seja fonte do direito internacional, a lei de Nova Iorque é frequentemente eleita pelas partes contratantes para governar eventual conflito que surja ou que seja relativo ao instrumento, mesmo que o contrato não tenha nenhuma relação com as partes.

Isto ocorre porque as partes preferem eleger uma lei neutra e distante para que os litigantes não sejam favorecidos de qualquer maneira. Quando esta lei é utilizada no contrato para resolver pendências contratuais, as partes estão se socorrendo ao direito alienígena, e não internacional para que o conflito seja solucionado.

Frente a frequente utilização e aplicação da mesma, analisemos as situações que são possíveis de serem aplicadas à lei do Estado Americano de Nova Iorque, já que requisitos devem ser atendidos para sua aplicação.

No §5-1401, da lei de Nova Iorque, capítulo de obrigações gerais se define<sup>82</sup>:

---

<sup>82</sup> §5-1401. Escolha da lei aplicável. 1. As partes em qualquer contrato, acordo ou compromisso, subordinadas ou não, tendo em conta, ou relativas a qualquer obrigação decorrente de uma operação que abrange, no total, não inferior a duzentas e cinquenta mil

“§5-1401. Choice of law. 1. The parties to any contract, agreement or undertaking, contingent or otherwise, in consideration of, or relating to any obligation arising out of a transaction covering in the aggregate not less than two hundred fifty thousand dollars, including a transaction otherwise covered by subsection one of section 1-105 of the uniform commercial code, may agree that the law of this state shall govern their rights and duties in whole or in part, whether or not such contract, agreement or undertaking bears a reasonable relation to this state. This section shall not apply to any contract, agreement or undertaking (a) for labor or personal services, (b) relating to any transaction for personal, family or household services, or (c) to the extent provided to the contrary in subsection two of section 1-105 of the uniform commercial code.

2. Nothing contained in this section shall be construed to limit or deny the enforcement of any provision respecting choice of law in any other contract, agreement or undertaking.”(grifo nosso)

Diante da lei, algumas exigências devem ser atendidas para que a lei escolhida (lei de Nova Iorque) não fique frustrada, sendo elas:

1. Os contratos não podem ser de valor inferior a U\$ 250.000,00.00 (duzentos e cinquenta mil dólares americanos) e
2. Não pode ter como objeto os seguintes serviços:
  - a. Serviços empregatícios ou pessoais;
  - b. Relativos a qualquer transação que envolva serviços pessoais, familiares ou domésticos e

---

dólares, incluindo uma transação abrangidos pela subseção de um 1-105 seção do código comercial uniforme, podem acordar que a lei deste estado rege seus direitos e deveres, no todo ou em parte, o contrato, o acordo ou compromisso, independe de existir uma relação razoável com esse estado. Esta seção não é aplicável a qualquer contrato, acordo ou compromisso (a) para o trabalho ou serviços pessoais, (b) relativamente a qualquer operação de pessoal, familiar ou serviços domésticos, ou (c) a medida prevista pelo contrário no inciso dois do ponto 1-105 do código comercial uniforme.

2. Nada contido nesta seção deve ser interpretada no sentido de limitar ou negar a aplicação de qualquer disposição respeitando a escolha de direito de qualquer outro contrato, acordo ou compromisso. (tradução nossa.)

c. As situações indicadas no item 1-105, seção 2, do Código Comercial Uniforme, são as situações em que o Código define a lei ou regra a ser aplicada em determinadas situações, sendo, portanto as normas de ordem pública, irrenunciáveis pelas partes. As situações são as decorrentes dos direitos dos credores em relação às mercadorias vendidas, aplicabilidade do artigo sobre locações, aplicabilidade do artigo sobre Depósitos Bancários e Cobrança, aos direitos que regem as transferências de fundos, volume de vendas, sujeitas ao artigo sobre as vendas a granel, e aplicabilidade do artigo sobre Investimento Mobiliários.

Com exclusão das situações acima, demais situações são permitidas que se aplique a lei do Estado de Nova Iorque para governar a relação entre as partes, todavia, para que a sua aplicação seja efetiva, deve-se levar a causa a um foro que permita a total liberdade de escolha da lei aplicável as partes, bem como apresentar ao tribunal qual o direito que lhe assiste.

#### 8. Cláusula de Jurisdição.

A cláusula atributiva de jurisdição, ou atributiva de competência, ou mesmo cláusula de prorrogação de competência, já que permite às partes estenderem as jurisdições de determinadas cortes ou centro de arbitragem, define qual será o foro que analisará o eventual litígio que poderá se iniciar em decorrência de alegações de violação contratual.

Professor Irineu Strenger (2003, p. 274) considera que “Um contrato internacional, que seja omissivo nesse particular, é falho e sujeito a severos contratemplos, principalmente porque, na prática, o problema tem estimulado múltiplas controvérsias.”

Além disto, a anterioridade na eleição da jurisdição torna possível mensurar suas consequências práticas, pois uma vez identificado o tribunal ou determinado centro de arbitragem, será possível verificar quais os recursos estatais poderão ser substituídos por medidas mais ágeis ou mais custosas, por exemplo.

Se escolhida a arbitragem, devem-se entender os procedimentos da arbitragem indicados para verificar até que ponto tais procedimentos seriam ou não favoráveis, verificar também se é possível a aplicação de leis alienígenas subsidiariamente, e ponderar os custos do uso de determinado centro de arbitragem. Finalmente, para que a arbitragem seja efetivamente a jurisdição a decidir conflitos, com cautela, devem ser elaboradas e revisadas as cláusulas compromissórias e de compromisso para que atenda as exigências do centro de arbitragem sendo eleito, bem como todas as demais regras do centro.

Utilizando-se do judiciário nacional, sendo um órgão governamental, as normas imperativas do Estado serão sempre objeto de análises e nestes casos, as normas de ordem pública do foro são ressalvas frequentes quanto à aplicação da lei escolhida pelas partes.

Neste sentido, importante conhecer as normas imperativas do Estado que é eleito para solucionar eventual conflito, pois a eleição do foro pode prejudicar a aplicação da lei de regência.

No Brasil, por exemplo, se um contrato é assinado por argentino e colombiano não será objeto de análise pelo Judiciário brasileiro, mesmo que as partes tenham eleito o Judiciário nacional, pois essa situação está fora do âmbito de temas sujeitos à análise do Judiciário nacional que está claramente definido no código de processo civil, nos artigos 88 a 90.

Situação inversa ainda é questionável para saber quais seriam as atitudes dos juízes. Para Nadia de Araujo (2009, p. 283) se uma questão de competência da justiça brasileira (para os casos de não exclusividade) cuja cláusula de foro tenha sido eleita de forma a não ser o foro brasileiro, se alegado pela réu a incompetência da justiça brasileira, não se sabe qual seria o desfecho.

Ainda no cenário nacional, Maria Helena Diniz (2006, p. 638) afirma que:

será válida a eleição de foro (*forum contractus*), ou melhor, da autoridade judiciária competente decorrente da cláusula contratual, em respeito à autonomia da vontade, desde que não viole o art. 12 Parágrafo 1º da Lei de Introdução ao Código Civil (...)

Desta forma se reconhece a possibilidade das partes elegerem jurisdição diversa da brasileira, exceto se referentes aos imóveis situados em território nacional, representando um grande avanço na doutrina brasileira.

Outros países com restrição são citados por Irineu Strenger (2003, p. 277):

nem todos os Estados admitem, plenamente, a cláusula atributiva de competência, como p. ex., a Bélgica, os Países Baixos, os Estados Unidos, o Marrocos, a Austrália e a Nova Zelândia, que proíbem eleição de foro nos transportes marítimos.

Irineu Strenger (2003, p. 278) complementa que a Suprema Corte americana, em decisão, fixou que as partes podem livremente escolherem uma jurisdição

desde que o tribunal escolhido respondesse claramente aos critérios de neutralidade e de competência e que sua escolha tivesse sido objeto de livre negociação, não viciada de fraude, de constrangimento e de abuso de posição dominante.

A decisão da cláusula de jurisdição é de essencial importância no contrato internacional para que a lei de regência seja aplicada e para que as partes não se sujeitem às jurisdições alheias ou distantes de sua sede, favorecendo o proponente apenas.

#### 8.1. Imunidade Jurisdicional do Estado

Sabemos da baixa possibilidade de termos um Estado se submetendo ao foro de outro Estado devido à questão da soberania estatal. Embora tentativas tenham sido realizadas, como a da Universidade de Harvard em 1932, convenção sobre o tema da imunidade estatal frente à eleição de foro não existe.

Em 1976, foi editado o *Foreign Sovereign Immunities Act* na qual disciplina as possibilidades de Estado estrangeiro em alegar a imunidade frente aos EUA apenas. A Grã-Bretanha também editou o *State Immunity Act* em 1978 (STRENGER, 2003, p. 280), todavia mesmo com tais atos sabemos que outros Estados, em regra, podem alegar a sua soberania para não se submeterem à jurisdição de terceiros Estados.

O fato de Estados constituírem empresas para serem partes contratuais põe fim à possibilidade de alegar a soberania estatal para não se submeterem à jurisdição eleita. É o que acontece quando a Petróleo Brasileiro S/A, Petrobras, empresa de economia mista, é incluída em um dos polos em disputas em jurisdição diversa da brasileira, não tendo qualquer imunidade jurisdicional.

## 9. Conclusão

Este trabalho dedicou-se a apresentar ao leitor os elementos que circundam o contrato internacional do comércio, incluindo as influências culturais, as dificuldades em definir o contrato internacional do comércio, a questão de diversas leis que podem vir a reger a relação existente e as principais fontes internacionais dos contratos. Objetivou-se propiciar as informações necessárias para melhor compreender o relacionamento de leis aplicáveis ao contrato internacional.

Vimos que a questão da autonomia da vontade nos contratos internacionais é de extrema importância, não apenas para que as partes escolham a lei que lhes melhor aprouver, mas também para possibilitar que convenções ou normas internacionais possam ser efetivamente aplicáveis às relações que extrapolam fronteira.

Atualmente, o dinamismo das transações no mercado globalizado demanda a escolha por alternativas que propiciam a solução rápida e transparente de litígios. Nota-se que a escolha por convenções internacionais reduzem a imprevisibilidade dos riscos relativos ao direito aplicável significando uma escolha apropriada.

Para não correr o risco de escolher a lei apropriada, mas estar sujeito a um tribunal que não as aceite, devem as partes, por fim, eleger a jurisdição que atenda seus interesses, não só financeiros, mas também que tenha entendimentos da realidade comercial internacional das partes.

Com vistas ao cenário nacional, vimos que há possibilidade de aplicação das convenções internacionais criadas para as relações na região latino-americana, como Convenção de Viena (1980) e Convenção Interamericana, embora não ratificadas, e até mesmo a aplicação da convenção criada no seio da Comunidade

Européia, Convenção de Roma. Ainda, decorrentes do âmbito Europeu, é possível aplicação dos Princípios do UNIDROIT e *lex mercatoria*.

Em relação à Convenção de Viena (1980), vimos que seu âmbito de aplicação decorre da orientação concedida pelo direito internacional privado de cada país e, por isto, em atendimento à lei nacional, a aplicação é factível quando o contrato for constituído em Estado ratificante da Convenção.

O mesmo é aplicável em relação à Convenção de Roma, embora criada para ser aplicada na Europa, ela substitui o direito nacional de seus ratificantes e, por isto, se contrato analisado pelo tribunal brasileiro tiver sido constituído em um Estado ratificante, seus imperativos deverão ser aplicados pelo tribunal nacional. Como a publicação da Roma I, a mesma regra é aplicável, já que esta tem como finalidade tornar os imperativos da Comunidade Européia um direito supranacional.

A Convenção Interamericana é de grande esperança para os amantes do princípio da autonomia da vontade, concedendo a liberdade de escolha da lei às partes contratantes. Esta influenciou até mesmo o Projeto de Lei nº 4.905/95, em especial o artigo 11, tratando da aplicação de normas jurídicas e regras de conexão de direito internacional privado, possibilitando a escolha de leis pelas partes no Brasil. Entretanto o projeto foi retirado do Congresso nacional pelo Executivo, pois conflita com a atual Lei de Introdução ao Código Civil.

Neste sentido, além da aplicação da regra *locus regit actum* a forma extrínseca do contrato, a Lei de Introdução ao Código Civil é omissa quanto à questão da possibilidade de escolha da lei pela partes. Como vimos no trabalho, há a tendência para interpretá-la como vetando a autonomia da vontade das partes sendo este o entendimento corrente do Superior Tribunal de Justiça. Ressalta-se a importância e necessidade de clareza do ordenamento jurídico nacional no sentido de expressamente autorizar a aplicação do princípio da autonomia da vontade.

Nesta situação, o Brasil estaria na esteira da tendência mundial em conceder a liberdade de escolha às partes em suas relações privadas.

Em relação aos Princípios do UNIDROIT e à *lex mercatoria*, sendo que poderíamos substituir a partícula “e” para “ou” quando mencionamos Princípios e *lex*, devido a origem e natureza das mesmas se confundirem, também poderão ser aplicáveis no Brasil em decorrência da Lei 9.307/96. Essa lei, que regulamenta a utilização da arbitragem no Brasil, autoriza a aplicação da autonomia da vontade das

partes para escolherem o direito aplicável nas questões levadas ao instituto da arbitragem, que, conseqüentemente autorizam a escolha de institutos como dos Princípios do UNIDROIT e mesmo possibilitando a aplicação direta das Convenções de Viena (1980) e Interamericana.

A vantagem pela escolha de institutos como este é muito clara, pois criados para a finalidade comercial internacional, sabendo como devidamente e imparcialmente, na maioria das vezes, endereçarem as questões com fundamento na boa-fé e lealdade comercial.

## **REFERÊNCIAS**

1980 ROME CONVENTION ON THE LAW APPLICABLE TO CONTRACTUAL OBLIGATIONS. Available from: <[http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:41998A0126\(02\):EN:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:41998A0126(02):EN:HTML)>. Cited: 3 Feb. 2010.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A Convenção de Viena e a Resolução do Contrato por Incumprimento. **Revista de Informação Legislativa**, v. 31, n. 121, p. 211 – 225, jan./mar. 1994. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em 23 abr. 2010.

AMARAL, Antônio Carlos Rodrigues do. (Coord.). **Direito do Comércio Internacional – Aspectos Fundamentais**. São Paulo: Aduaneiras, 2004.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 6023: informação e documentação - referências - elaboração. Rio de Janeiro, 2002a. 24p.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 10520: informação e documentação - apresentação de citações em documentos. Rio de Janeiro, 2002b. 6p.

ARAUJO, Nadia de. **Contratos internacionais: autonomia da vontade, mercosul e convenções internacionais**. 4 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

AUSTRALIA. Federal Court of Australia. Decision n. [2009] FCA 522. Cisg Case Presentation. Available from: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090520a2.html>>. Cited: 18 feb 2010.

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

BARRERA, Diego Ricardo Gálan. La convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías. **Estudios Gerenciales**, Bogotá, n. 91, p. 49 – 64, abr./jun. 2004. Disponível em: <<http://redalyc.uaemex.mx/pdf/212/21209103.pdf>>. Acesso em 15 maio 2010.

BRASIL. Lei de Introdução ao Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm)>. Acesso em 13 de maio de 2010.

CARNIO, Thaís Cínthia. **Contratos Internacionais: Teoria e Prática**. São Paulo: Atlas, 2009.

CHINA. China International Economic & Trade Arbitration Commission. Decision n. 107. Cisg Case Presentation. Available from: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000107c1.html>>. Cited 24 Mar. 2010.

CONVENÇÃO DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO DE 1928. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. (Org.). Coletânea de Direito Internacional, Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 1447.

CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES. Disponible en: <<http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/B-56.htm>>. Acceso en: 24 jul. 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada**. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. **Tratado Teórico e Prático dos Contratos**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. Vol. 1.

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado (Parte especial) – Direito Civil internacional – Contratos e Obrigações no direito internacional privado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

GAMA JR., Lauro da. **Contratos Internacionais à Luz dos Princípios do UNIDROIT: soft law, arbitragem e jurisdição**. 2004. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GARCEZ, José Maria Rossani. **Contratos Internacionais Comerciais – Planejamento, Negociação, Solução de Conflitos, Cláusulas Especiais, Convenções Internacionais**. São Paulo: Saraiva, 1994.

HARTKAMP, Arthur. **Principles of contract law**. Available from: <[http://books.google.com.br/books?id=ZkR6e3gPWEsC&pg=PA105&lpg=PA105&dq=arthur+hartkamp+principles+of+contract+law&source=bl&ots=EBWSQztV4j&sig=j8U-e1LNSyApMEIRauMIGnepngY&hl=pt-BR&ei=LvDvS6v\\_OoP58AaR1tD9Cg&sa=X&oi=book\\_result&ct=result&resnum=1&ved=0CBUQ6AEwAA#v=onepage&q=arthur%20hartkamp%20principles%20of%20contract%20law&f=false](http://books.google.com.br/books?id=ZkR6e3gPWEsC&pg=PA105&lpg=PA105&dq=arthur+hartkamp+principles+of+contract+law&source=bl&ots=EBWSQztV4j&sig=j8U-e1LNSyApMEIRauMIGnepngY&hl=pt-BR&ei=LvDvS6v_OoP58AaR1tD9Cg&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CBUQ6AEwAA#v=onepage&q=arthur%20hartkamp%20principles%20of%20contract%20law&f=false)>. [s.n] [s.d]. Cited: 16 May 2010. Pg. 105 to 121.

HUBER, Peter e MULLIS, Alastair. **The Cisg: A new textbook for students and practitioners.** Available from: <http://books.google.com.br/books?id=S0lwY6tb0C&printsec=frontcover&dq=cisg&cd=1#v=onepage&q&f=false>. Cited: 16 de May 2010. Pg. 1 – 33, 78 – 95, 126 – 141 and 196, 2007.

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. Policy and Business Practice. Available from: <http://www.iccwbo.org/policy/law/id340/index.html>. Cited: 22 Mar. 2010.

JO, He Moon. **Introdução ao Direito Internacional.** 2 ed. São Paulo: LTR, 2004.

\_\_\_\_\_. A hora e a vez da Convenção de Viena. **Valor Econômico**, Rio de Janeiro, 22 set. 2009. Disponível em: [www.cisg-brasil.net/doc.lgama1.htm](http://www.cisg-brasil.net/doc.lgama1.htm). Acesso em 10 maio 2010.

MARTINS, Ângela. A brasileira de finanças islâmicas. **Época Negócios**, São Paulo, 18 set. 2008. Disponível em: <http://epocanegocios.globo.co/Revista/Epocanegocios/0,,EDR84190-8381,00.html> Acesso em 18 dez. 2009.

MATOSO, M. C.; DUBOIS, M. C. T.; ROSSIGNATTI, M. H. S. **Orientação para Apresentação de Trabalhos Acadêmicos.** 4. ed. Campinas: PUC Campinas, 2010.

MEJIA, Maria Helena Masilla y. Convencion Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales. **Estudios Gerenciales**, Bogotá, n. 91, p. 49 – 64, abr./jun. 2004.

Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/28/tci/tci4.pdf> Acesso em 22 fev. de 2010.

MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO. Assessoria de Comunicação Social do Ministério do Desenvolvimento. Disponível em: <http://www.desenvolvimento.gov.br/sitio/interna/noticia.php?area=1&noticia=9543>. Acesso em 13 maio de 2010.

VERNOOIJ, Nils Willem. **Rome I: an update on the law applicable to contractual obligations in Europe.** *The Columbia Journal of European Law Online*, 15 Colum. 71, 2009. Available from: [http://www.cjel.net/online/15\\_2-vernooij/](http://www.cjel.net/online/15_2-vernooij/) Cited: 23 Feb. 2010.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 25ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

REGULATION (EC) No 593/2008 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIL OF THE 17 JUNE 2008 ON THE LAW APPLICABLE TO CONTRACTUAL OBLIGATIONS 7 Apr 2008. Available from: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0016:EN:PDF>>. Cited: 23 mar. 2010.

RODAS, João Grandino (Coord). Elementos de conexão do Direito Internacional Privado Brasileiro relativamente às obrigações contratuais. In RODAS, João Grandino (Coord.). **Contratos internacionais**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 9-49.

STRENGER, Irineu. **Direito Internacional Privado (Parte Geral) – Direito Civil internacional – Direito Comercial Internacional**. 4 ed. São Paulo: LTR, 2000.

\_\_\_\_\_. **Contratos Internacionais do Comércio**. 4 ed. São Paulo: LTR, 2003.

UNCITRAL DIGEST OF CASE LAW UNITED NATION CONVENTION. Convention on the International Sale of Good. Available from: <[http://books.google.com.br/books?id=YToOrw3gskYC&pg=PA222&lpg=PA222&dq=united+nation+convention+for+international+sales+75&source=bl&ots=llHxzN-uBP&sig=DjPPohNw8VRL-r1pSZ4nlS8I3rA&hl=pt-BR&ei=oAdXS8yfKorIIAflo9CEBA&sa=X&oi=book\\_result&ct=result&resnum=5&ved=0CB8Q6AEwBA#v=onepage&q=&f=false](http://books.google.com.br/books?id=YToOrw3gskYC&pg=PA222&lpg=PA222&dq=united+nation+convention+for+international+sales+75&source=bl&ots=llHxzN-uBP&sig=DjPPohNw8VRL-r1pSZ4nlS8I3rA&hl=pt-BR&ei=oAdXS8yfKorIIAflo9CEBA&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=5&ved=0CB8Q6AEwBA#v=onepage&q=&f=false)> Cited: 16 May 2010. Pg. 92, 194, 204 and 221 – 223, New York, 2008.

UNIDROIT PRINCIPLES. Commentary on the *Unidroit* principles. Available from: <<http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13637&x=1>>. Cited: 16 may. 2010.

UNIFORM COMMERCIAL CODE. Articles of rules. Available from: <<http://www.law.cornell.edu/ucc>>. Cited: 27 Mar. 2010.

UNITED NATIONS CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNACIONAL SALE OF GOODS. Available from: <<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/CISG.pdf>>. Cited: 10 Dec. 2009.

ZASLAVSKAIA, Tatiana. Para onde vai à Rússia. **Simpósio da Escola Superior de Moscou de Estudos Econômicos e Sociais**, São Paulo, 2003. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-40142003000300023](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142003000300023)>.

Acesso em 15 de dez. de 2009.