



Juliana Falcão Macêdo Matos

**CONTRATOS INTERNACIONAIS: CONFLITOS DE LEI,
UNIFORMIZAÇÃO DE REGRAS E A APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS
DO UNIDROIT**

Brasília – DF

2012

Juliana Falcão Macêdo Matos

**CONTRATOS INTERNACIONAIS: CONFLITOS DE LEI,
UNIFORMIZAÇÃO DE REGRAS E A APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS
DO UNIDROIT**

Monografia apresentada como
requisito parcial para a conclusão do
curso de bacharelado em DIREITO do
Centro Universitário de Brasília –
UnICEUB

Professor Orientador: Marlon
Tomazette

Brasília – DF

2012

Juliana Falcão Macêdo Matos

**CONTRATOS INTERNACIONAIS: CONFLITOS DE LEI,
UNIFORMIZAÇÃO DE REGRAS E A APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS
DO UNIDROIT.**

Monografia apresentada como
requisito parcial para a conclusão do
curso de bacharelado em DIREITO do
Centro Universitário de Brasília –
UnICEUB

Professor Orientador: Marlon
Tomazette

Brasília, maio de 2012.

Banca Examinadora

Prof. Marlon Tomazette
(Orientador)

Prof. Luis Antonio Winckler
(Membro)

Prof. Rodrigo Fernandes M. Ferreira
(Membro)

AGRADECIMENTOS

Agradeço a minha família, meu pai Telésforo e meus irmãos Luiz Antonio e Paulo que sempre estiveram ao meu lado demonstrando amor incondicional, às minhas cunhadas Fernanda e Viviane, aos meus sobrinhos Caio, Luiz Fernando e Maria Luiza por serem minha alegria constante. Ao meu namorado Felipe pelo amor e pela paciência dedicados a mim. Agradeço também a Danyelle, Aline, Bárbara e Marcella, minhas amigas, pelo apoio e amizade que sempre manifestaram por mim. Agradeço em especial a minha querida amiga Juliana Rocha por estar sempre ao meu lado, e por me inspirar diariamente com sua força e superação, e ao André por estar constantemente ao lado dela. Por fim, ao Professor Marlon Tomazette que me orientou e contribuiu com a realização desse trabalho bem como os professores e funcionários do curso de Direito do UniCEUB.

“quase não há diferença entre um contrato e o amor: no começo tudo é perfeito; somente com o uso revela se o dia seguinte será de choro ou alegrias”.

(Autoria desconhecida, citado por Irineu Strenger)

RESUMO

Este trabalho apresenta um estudo relatando conceitos importantes relativos aos contratos, tanto no âmbito nacional quanto internacional. Tais conceitos evidenciam as sutilezas que diferenciam uma espécie de contratação da outra, além de elucidar o surgimento de conflitos relativos à aplicação da lei utilizada no momento de dirimir eventuais problemas que surgem desses pactos. É a partir dessa análise que a exposição dos Princípios do UNIDROIT aplicáveis aos contratos internacionais evidencia a importância de mecanismos para apuração e criação de uma lei uniforme para os pactos internacionais. Além disso, destaca que, a curto prazo, como ainda não é possível a criação de uma lei única para os pactos internacionais, é interessante que mecanismos como os do UNIDROIT, que oferecem alternativas, como seus Princípios direcionados ao contratos internacionais, sejam aplicados mais constantemente.

Palavras-Chave: contratos, UNIDROIT, princípios, arbitragem, *lex mercatoria*, lei uniforme.

ABSTRACT

This work presents a study reporting important concepts about contracts, both national and international. Those concepts emphasize the subtleties that differentiate one type of contract from another, in addition to elucidate the beginning of conflicts related with the application of the law applied in the moment of settling problems arising from contracts. It is from this analysis that the exposure of the Principles of UNIDROIT from international contracts highlights the importance of mechanism for counting and creating a uniform law for international contracts. Furthermore, in short-term, since it's not possible to create a single law for international agreements, it is interesting that mechanisms such as UNIDROIT's, that provide alternatives, such as its principles for international contracts, are applied more often.

Key Words: contracts, UNIDROIT, principles, arbitration, *lex mercatoria*, uniform law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. DOS CONTRATOS.....	11
1.1. Conceito	11
1.2. Formação dos contratos	13
1.2.1 <i>Manifestação da vontade</i>	13
1.2.2 <i>Negociações preliminares</i>	13
1.2.3 <i>A proposta/oferta</i>	14
1.2.4 <i>A aceitação</i>	15
1.2.5 <i>Momento da conclusão do contrato</i>	16
1.3. Contratos entre presentes	16
1.4. Contrato entre ausentes.....	16
1.5. Lugar da celebração.....	17
1.6. Classificação dos contratos	18
1.6.1 <i>Contratos unilaterais, bilaterais e plurilaterais</i>	18
1.6.2 <i>Contratos gratuitos ou benéficos e onerosos</i>	19
1.6.3 <i>Contratos comutativos e aleatórios</i>	19
1.6.4 <i>Contratos paritários e de adesão. Contrato-tipo</i>	20
1.6.5 <i>Contratos de execução instantânea, diferida e de trato sucessivo</i>	20
1.6.6 <i>Contratos personalíssimos e impessoais</i>	21
1.6.7 <i>Contratos individuais e coletivos</i>	21
1.6.8 <i>Contratos principais e acessórios. Contratos derivados</i>	22
1.6.9 <i>Contratos solenes e não solenes</i>	22
1.6.10 <i>Contratos consensuais e reais</i>	23
1.6.11 <i>Contratos preliminares e definitivos</i>	23
1.6.12 <i>Contratos nominados e inominados, típicos e atípicos, mistos e coligados. União dos contratos</i>	24
1.7. Função social do contrato	25
2. DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DOS CONTRATOS.....	27
2.1. Princípio da autonomia da vontade.....	28
2.2. Princípio da supremacia da ordem pública	30
2.3. Princípio do consensualismo	31

2.4.	Princípio da relatividade dos efeitos do contrato	31
2.5.	Princípio da obrigatoriedade dos contratos	32
2.6.	Princípio da boa-fé e da probidade.	34
3.	CONTRATOS INTERNACIONAIS, REGRAS APLICÁVEIS E OS PRINCÍPIOS DO UNIDROIT	36
3.1.	Dos contratos internacionais.....	36
3.1.1	<i>Caracterização dos contratos internacionais</i>	36
3.1.2	<i>Formação dos contratos internacionais.</i>	37
3.1.3	<i>Da oferta e da proposta</i>	40
3.1.4	<i>Da aceitação</i>	42
3.1.5	<i>Lugar de celebração do contrato</i>	43
3.1.6	<i>Momento da conclusão do contrato internacional</i>	44
3.2.	Regras aplicáveis aos contratos internacionais.	45
3.2.1	<i>Jurisdição</i>	48
3.2.2	<i>Relação entre foro e lei</i>	50
3.2.3	<i>Legislação aplicável no direito brasileiro</i>	53
3.2.4	<i>Arbitragem</i>	56
3.2.5	<i>Lex mercatoria</i>	59
3.3.	Princípios do UNIDROIT	61
3.3.1	<i>Natureza jurídica dos princípios do UNIDROIT</i>	66
3.3.2	<i>Os princípios do UNIDROIT e os princípios norteadores dos contratos.</i> .	68
	CONCLUSÃO	72
	REFERÊNCIAS	74

INTRODUÇÃO

A discussão acerca das regras aplicáveis aos contratos internacionais e os conflitos delas decorrentes, vem sendo feita desde as primeiras negociações comerciais realizadas pelo homem. No decorrer dos anos foram surgindo formas para amenizar tais conflitos através de iniciativas como os Princípios do UNIDROIT para os contratos internacionais.

Tais princípios surgiram para viabilizar as transações comerciais no âmbito internacional, aumentando as possibilidades de resolver conflitos advindos das relações comerciais entre os mais diferentes Estados, reduzindo assim a imprevisibilidade relativa ao direito aplicável a esses negócios, propondo um conjunto de regras uniformes e harmônicas, neutras e independentes, que possam resolver eventuais problemas derivados da prática dos contratos internacionais.

A análise será realizada a partir da ótica dos princípios norteadores do direito internacional, mais especificamente, aqueles direcionados aos contratos internacionais, como, por exemplo, a boa-fé objetiva e subjetiva, o princípio da autonomia da vontade das partes, o da obrigação de contratar, entre outros que serão abordados mais profundamente no decorrer do trabalho. Estes princípios estão diretamente ligados aos procedimentos que são ou devem ser utilizados na elaboração de um pacto contratual.

O direito internacional privado tradicionalmente busca a solução de conflitos de leis no espaço mediante a indicação, pela norma conflitual, do direito aplicável à relação jurídica. Entretanto, atualmente, tem-se buscado meios alternativos para a solução de problemas relacionados à contratação internacional, como a criação de regras uniformes, que elimine parcial ou totalmente o conflito de legislações.

O capítulo I é dedicado à apresentação dos contratos no âmbito jurídico brasileiro, expondo conceito, formação, classificação, função social, além de outros aspectos relevantes para o entendimento das singelas, porém relevantes diferenças de formação entre os contratos nacionais e internacionais.

O capítulo II traz uma exposição dos principais princípios relativos aos contratos, tanto nacionais quanto internacionais, princípios estes que irão influenciar e guiar a contratação interna e externa.

O capítulo III irá expor brevemente conceitos relevantes para se tentar entender as particularidades dos contratos internacionais, sua formação e o surgimento dos conflitos de leis. Relata os principais conceitos referentes à contratação internacional e, a partir da breve análise de cada um deles, entender-se-á de forma mais clara os conflitos de legislações, decorrentes do poder jurisdicional de cada Estado.

Realiza, ainda, uma breve exposição dos Princípios do UNIDROIT aplicáveis aos contratos internacionais, buscando demonstrar que iniciativas, como estas que buscam a uniformização das regras de conflitos pertinentes aos contratos internacionais, garantem um julgamento equitativo, apesar das diferenças existentes nos contratos firmados entre os Estados.

A discussão acerca dos contratos internacionais é de suma importância para determinar o funcionamento do comércio internacional que, por sua vez, influenciará diretamente o modo como gira a economia mundial. Dimensionar a abrangência da significância de tais contratos é tarefa árdua, mas essencial. Tanto a troca de mercadorias quanto de tecnologia e informação entre países que realizam pactos contratuais é o que definirá, em grande parte, as possibilidades de desenvolvimento pleno.

Em síntese, a presente monografia enfatizará a importância de iniciativas voltadas à formação de um conjunto de normas específicas para a contratação internacional, sendo considerada por alguns como uma manifestação da nova *lex mercatoria*, ou ainda, um novo conceito no âmbito jurídico, sendo relevante para esse trabalho, apenas que alternativas para os conflitos de leis sejam elaboradas, tanto para facilitar, quanto para incentivar o comércio internacional, independente de onde elas venham a se encaixar, sendo na *lex mercatoria*, princípios gerais do direito ou ainda um conceito diverso.

1. DOS CONTRATOS

1.1. Conceito

O contrato é considerado como uma das mais importantes fontes de obrigações, senão a mais importante, devido às suas múltiplas formas e inúmeras repercussões no mundo jurídico (GONÇALVES, 2004, p. 1-2). Ele pode ser bilateral ou plurilateral e é pressuposto de fato do nascimento de relações jurídicas. É o título de criação de nova realidade jurídica, constituída por direitos, faculdades, pretensões, deveres e obrigações, ônus e encargos. É acordo de vontades que tem a finalidade de criar, modificar e extinguir direitos e obrigações. (VENTURA, 2002, p. 5).

José Cretella Neto conceitua contrato como:

“a livre manifestação de duas ou mais vontades, com a finalidade imediata de, licitamente, adquirir, criar, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, produzindo efeitos de natureza patrimonial para os contratantes. (...) é uma das fontes das obrigações, ao lado das declarações unilaterais de vontade, dos atos lícitos e da lei. Sem dúvida, a lei é a fonte primária e única de todas as obrigações, e assim, as obrigações decorrentes de contratos são reconhecidas como tal em virtude da lei. Em outras palavras, os contratos são reconhecidos como válidos porque a lei os sanciona e garante.” (2009, p. 2)

O contrato é manifestação de vontade que visa um fim patrimonial. É fonte de obrigação guiada pela lei. Tem-se sempre que obedecer a lei quando da formação do contrato, ela que vai validar sua existência no mundo jurídico e vai garantir que seu fim seja alcançado com êxito.

O fundamento ético do contrato é a vontade humana, contanto que atue em conformidade com a ordem jurídica. O efeito é a criação de direitos e obrigações. O contrato é um acordo de vontades em conformidade com a lei, tendo como finalidade adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos. (PEREIRA, 2011, p. 7)

É um negócio jurídico bilateral ou plurilateral que gera obrigações para uma ou todas as partes, às quais correspondem direitos titulados por elas ou por terceiros. O contrato é uma ação humana nitidamente intencional, denominada

declaração de vontade. Os contratantes vão manifestar suas vontades visando determinado resultado de interesse comum às partes desse contrato. Não há negócio jurídico contratual sem que seja declarada a intenção de alcançar determinado fim. A conduta em questão deve ser condizente com a lei, o contrato obrigatoriamente terá que obedecer aos requisitos legais. (ULHOA, 2010, p. 32-36)

Os contratos como negócios jurídicos, devem obedecer algumas condições para que surtam efeito. Sem esses requisitos, os contratos serão considerados inválidos, nulos ou anuláveis, não produzindo efeitos.

Os requisitos ou condições de validade dos contratos são classificados em: de ordem geral ou ordem especial. Os de ordem geral são aqueles presentes no artigo 104 do Código Civil de 2002: (i) partes capazes; (ii) objeto lícito, possível, determinado ou determinável; (iii) forma prescrita ou não defesa em lei. Os de ordem especial são específicos dos contratos: consentimento recíproco ou acordo de vontades. (GONÇALVES, 2004, p. 12-13)

De acordo com Gonçalves (2004, p. 13), os requisitos de validade do contrato podem ser distribuídos em três grupos: subjetivos, objetivos e formais.

Os requisitos subjetivos consistem: a) na manifestação de duas ou mais vontades e capacidade genérica dos contratantes; b) na aptidão específica para contratar; c) no consentimento. (DINIZ, 2003, p.12-13). Os requisitos objetivos se referem ao objeto do contrato que, de acordo com art. 104 do CC, deve ser lícito, possível, determinado ou determinável. Por sua vez, os requisitos formais dizem respeito à forma (forma de ser às coisas), que é o meio de revelação da vontade, devendo ser prescrita ou não defesa em lei. (GONÇALVES, 2004, p. 16-17)

Em suma, o fundamento do contrato não é simplesmente a vontade, mas o acordo de vontades, que convergem e se auxiliam, cooperando-se mutuamente, para se extrair a máxima efetividade do conteúdo contratual, em benefício não somente dos contratantes, mas também da sociedade.

1.2. Formação dos contratos

1.2.1 *Manifestação da vontade*

O contrato consubstancia-se em negócio jurídico bilateral, em que a manifestação de vontade de cada um dos contratantes se evidencia como o primeiro e o mais importante requisito de existência daquele negócio jurídico. O contrato é o acordo dessas vontades, constituindo o modelo jurídico bilateral, ou seja, é necessária para a formação do contrato a existência de duas ou mais declarações de vontade voltadas ao mesmo objetivo.

A manifestação da vontade pode ser expressa ou tácita, podendo ser tácita quando a lei não exigir que seja expressa (art. 111, CC). Expressa é aquela por escrito, gesto ou mímica, expressada de forma inequívoca. A lei pode exigir o consentimento escrito como requisito de validade. Não havendo essa exigência, vale a manifestação tácita. (GONÇALVES, 2004, p. 48).

O silêncio também pode ser interpretado como forma de manifestação tácita da vontade, quando as circunstâncias autorizarem, e não for obrigatória a manifestação expressa (art. 111, CC), ou ainda, quando a lei autorizar. (GONÇALVES, 2004, p. 49).

1.2.2 *Negociações preliminares*

Embora o contrato resulte de uma proposta e de uma aceitação, nem sempre isso acontece diretamente. Comumente, se dá uma fase preliminar de negociações para depois se concretizar a contratação.

Essa fase preliminar se caracteriza por sondagens, conversações, estudos e debates, também denominada *fase da puntuação*. Aqui não há vinculação dos contratantes, pois eles ainda não manifestaram sua vontade. Qualquer uma das partes pode se afastar alegando desinteresse, sem responder por perdas e danos, mesmo surgindo, dessa negociação preliminar, um projeto ou uma minuta. Tal responsabilidade só ocorrerá se ficar demonstrada que a parte agiu deliberadamente com má-fé, causando dano a outra parte.¹(GONÇALVES, 2004, p. 49).

¹ O fundamento jurídico nesse caso está presente no artigo 186 do Código de Processo Civil de 2002.

Embora não haja dever específico ou individualizado, haverá dever jurídico genérico, ressalvando-se, entretanto, que não preexistirá entre os sujeitos nenhuma relação de direito material. A própria lei impõe que se adote determinado comportamento, sob pena de, não o fazendo, se praticar um ato ilícito, o que dá azo à responsabilidade civil extracontratual.

Nessa esteira, Gonçalves assinala que:

“Embora as negociações preliminares não gerem, por si mesmas, obrigações para qualquer dos participantes, elas fazem surgir, entretanto, deveres jurídicos para os contraentes, decorrentes da incidência do princípio da boa-fé, sendo os principais os deveres de lealdade e correção, de informação, de proteção e cuidado e de sigilo. A violação desses deveres durante o transcurso das negociações é que gera a responsabilidade do contraente, tendo sido ou não celebrado o contrato.” (2004, p. 49)

Essa responsabilização somente acontecerá no caso da má-fé de alguma das partes em induzir a outra a erro, fazendo com que esta se abstenha de concretizar outros negócios ou ainda tenha despesas. Tal dever decorre do Princípio da Boa-Fé Objetiva, que preconiza que as partes contratantes deverão adotar condutas adequadas, assim como preconiza o art. 422 do Código Civil Brasileiro.

1.2.3 A proposta/oferta

A oferta, proposta, policitação ou oblação exprime a vontade definitiva de contratar. Após passada as fases preliminares de aproximação entre as partes, surgem assim a vontade de contratar que é exteriorizada através da proposta. Essa proposta, obedecendo aos requisitos da lei, pode vincular os contratantes.

A proposta, de acordo com o Código Civil Brasileiro em seu artigo 427, tem força vinculante para aquele que a faz, o denominado *policitante*. Embora não esteja minuciosamente detalhado em lei os seus requisitos, ela deve ser séria e precisa, uma vez que constitui o impulso inicial do contrato. Deve conter as linhas estruturais do negócio em vista, para que ele possa formar e concretizar um contrato, da manifestação simbólica daquele a quem é dirigida, o denominado *oblato*. (PEREIRA, 2011, p. 33)

Orlando Gomes define proposta como *“firme declaração receptícia de vontade dirigida à pessoa com a qual pretende alguém celebrar um contrato, ou ao público.”* É preciso ser formulada de modo que a aceitação do destinatário baste à conclusão do contrato. Tem que ser inequívoca, precisa e completa, de tal forma que em virtude da aceitação, se obtenha um acordo sobre a totalidade do contrato. O propósito de contratar tem que resultar da declaração de vontade do proponente. Porém não tem caráter de proposta as comunicações nas quais o declarante se mostra propenso a realizar o contrato, a simples aproximação e o convite a fazer proposta. (GOMES, 2007, p. 74)

A oferta vai criar expectativas no aceitante de que o contrato poderá ser efetivado, fazendo com que ele despenda tempo e recursos financeiros para receber os termos de determinado contrato. Sendo por isso que, na maioria das vezes a oferta vincula o peticitante, que vai responder por todos os prejuízos que causar com a desistência do contrato.

1.2.4 A aceitação

A aceitação ocorre quando há concordância com os termos da proposta, através de manifestação indispensável de vontade, formando assim o contrato. Essa aceitação tem que ser feita dentro do prazo e em concordância integral aos termos da proposta.

Para aperfeiçoar o contrato a aceitação deve ser pura e simples, obedecendo a alguns requisitos. Se ela for apresentada *“fora do prazo, com adições, restrições ou modificações, importará nova proposta”* (art. 431 do CC), que é denominada de contraproposta. A proposta perde a força obrigatória quando esgotado o prazo concedido pelo proponente, sendo assim, a manifestação posterior do oblato também não vincula esse último, pois não há aceitação e sim nova proposta. Do mesmo modo acontece, quando este não aceita a oferta integralmente, introduzindo modificações ou restrições. (GONÇALVES, 2011, p. 80-81)

A aceitação pode ser expressa ou tácita. A primeira quando há manifestação expressa do aceitante que concordou com os termos da proposta e deseja efetuar o contrato, e a segunda quando a conduta do aceitante revela seu consentimento.

Existem, contudo, duas hipóteses em que a aceitação deixa de ter força vinculante: a) Se a aceitação, ainda que expedida a tempo, por motivos alheios à vontade do aceitante, chegar tarde ao conhecimento do proponente, contudo o aceitante deve comunicar imediatamente o polícitante sob pena de responder por perdas e danos, assim exige a segunda parte do art. 430 do CC; b) Se antes da aceitação, ou com ela, chegar ao proponente a retratação do aceitante, hipótese encontrada no art. 433 do Código Civil Brasileiro. (GONÇALVES, 2011, p. 81-82)

1.2.5 Momento da conclusão do contrato

Constitui ponto essencial, na doutrina da formação dos contratos, determinar o momento certo em que o contrato foi formado entre presentes ou entre ausentes. Isso porque, é necessário saber o momento em que se formalizou o contrato, para estabelecer a sua obrigatoriedade, impossibilitando sua retratação e tornando obrigatória a execução do negócio, sob pena de responderem por perdas e danos. (GONÇALVES, 2011, p. 82)

1.3. Contratos entre presentes

Se o contrato for realizado entre presentes, a proposta poderá ter prazo certo ou não para a aceitação. Se não houver prazo a aceitação deverá ser manifestada imediatamente, correndo o risco de a oferta perder a força vinculativa. (GONÇALVES, 2011, p. 82) Se do contrário, houver prazo, ele deverá ser observado. Se o contrato for realizado entre presentes, as partes estarão vinculadas no mesmo momento em que o oblato aceitar a proposta, caracterizando o acordo recíproco de vontades, fazendo com que a partir daí o contrato comece a produzir efeitos jurídicos. (DINIZ, 2003, p. 87)

1.4. Contrato entre ausentes

É aquele realizado entre partes ausentes, sendo que cada parte deve estar em local diverso da outra. A dificuldade está em precisar o momento em que foi formado esse contrato. Ele vai ser efetivado por correspondência epistolar (carta ou telegrama) ou telegrafia, com ou sem intervenção do serviço de correios.

Vários autores divergem a respeito do momento em que esse contrato vai ser formado. Existem duas teorias a este respeito: a *teoria da*

informação ou cognição e a teoria da declaração ou agnição. Esta segunda se subdivide em três: da declaração propriamente dita, da expedição e da recepção.

A teoria da informação ou cognição diz que o momento da formação é o da chegada da resposta ao policitante, que vai se interar do seu teor. O problema dessa teoria é que vai ficar a critério do proponente abrir a correspondência para tomar ciência da resposta positiva, não bastando que este a receba, tem que abrir e tomar conhecimento do seu teor para se reputar formado o contrato. Já a segunda, juntamente com suas subdivisões, vão dizer que: a da declaração propriamente dita o instante da conclusão coincide com a redação da correspondência epistolar; a da expedição vai dizer que não basta a redação da resposta, tem que expedi-la, saindo do alcance do oblato; por último a teoria da recepção exige que além de escrita e expedida, a resposta tem que ser entregue ao destinatário, distinguindo-se da teoria da informação por que ela exige não só a entrega, mas também que se tome conhecimento de seu teor. (GONÇALVES, 2011, p. 83-84)

1.5. Lugar da celebração

O contrato será celebrado no local em que a proposta foi feita. Dispõe o artigo 435 do Código Civil Brasileiro: “*reputar-se-á celebrado o contrato no lugar em que foi proposto*”.

Segundo Gonçalves:

“O problema tem relevância na apuração do foro competente e, no campo do direito internacional, na determinação da lei aplicável. Prescreve o art. 9º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil que “*a obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente*”. Tal dispositivo aplica-se aos casos em que os contratantes residem em países diferentes e assumiu maior importância com recrudescimento dos contratos formados pela internet.” (GONÇALVES, 2011, p. 84)

O contrato entre presentes forma-se onde as partes se encontram. Os que se realizam entre ausentes, no lugar em que foi proposto. Interessa saber onde os contratos se formam, principalmente, para determinar o foro competente e, no caso do Direito Internacional, a lei reguladora. (GOMES, 2007, p. 82)

1.6. Classificação dos contratos

Os contratos podem ser classificados de diversas maneiras, dividindo-se: *Quanto aos efeitos*: em unilaterais, bilaterais e plurilaterais; gratuitos e onerosos, que se subdividem em comutativos e aleatórios, e estes em aleatórios por natureza e acidentalmente aleatórios. *Quanto à formação*: em paritários, de adesão e contratos-tipo. *Quanto ao momento da execução*: em de execução instantânea, diferida e de trato sucessivo ou em prestações. *Quanto ao agente*: em personalíssimos ou *intuitu personae* e impessoais; individuais e coletivos. *Quanto ao modo por que existem*: em principais, acessórios ou adjetos e derivados ou subcontratos. *Quanto à forma*: em solenes ou formais e não solenes ou de forma livre; consensuais e reais. *Quanto ao objeto*: em preliminares ou *pactum de contrahendo* e definitivos. *Quanto à designação*: em nominados e inominados, típicos e atípicos, mistos, coligados e união de contratos. (GONÇALVES, 2011, p. 91-92)

1.6.1 Contratos unilaterais, bilaterais e plurilaterais.

Unilaterais são aqueles que criam obrigações somente para uma das partes. Messineo vai dizer que é aquele em que os efeitos são somente passivos de um lado e somente ativos de outro. (apud: GONÇALVES, 2011, p. 92) Como exemplo temos a doação pura e simples, onde haverá obrigações somente para o doador, enquanto que para o donatário existirá somente vantagens. (DINIZ, 2003, p. 101)

Bilaterais são aqueles que criam obrigações recíprocas para ambos os contratantes. Diniz ressalta que cada um dos contraentes é simultânea e reciprocamente credor e devedor um do outro, produzindo direitos e obrigações para ambas as partes, sendo, portanto sinalagmáticos. (2003, p. 101) como, por exemplo, a compra e venda, locação, contratos de transportes, entre outros.

Plurilaterais são aqueles que possuem mais de duas partes, como por exemplo, no contrato de sociedade. Gonçalves vai expor que uma das principais características desse contrato é o fato de que, mediante a sua realização, as partes perseguem o mesmo fim comum, sendo um ato coletivo. (2011, p. 93)

1.6.2 *Contratos gratuitos ou benéficos e onerosos*

Gratuitos ou benéficos são aqueles em que há vantagens ou benefícios apenas para uma das partes, enquanto para a outra só haverá obrigações e sacrifícios, como exemplos, pode-se citar a doação pura, o comodato e o reconhecimento de paternidade. Diniz (2003, p. 103) vai dizer que esses contratos são em regra unilaterais.

Nos contratos gratuitos toda a responsabilidade contratual vai ficar a cargo de uma das partes, a outra só irá auferir benefícios do negócio. Está ínsito a esse contrato a redução de patrimônio de uma das partes, em benefício da outra na qual o patrimônio se enriquece. Porém, não deixa de ser gratuito o contrato que eventualmente imponha algum dever à parte beneficiada, como o dever do donatário em não incorrer em ingratidão, conforme o artigo 555 do Código Civil Brasileiro. (VENOSA, 2008, p. 389)

Onerosos quando ambas as partes obtiverem vantagens e sacrifícios reciprocamente. Tendo como exemplo a compra e venda, locação e a empreitada. Pereira acrescenta, ao dizer que, “*são aqueles dos quais ambas as partes visam a obter vantagens ou benefícios, impondo-se encargos reciprocamente em benefício uma da outra.*” (PEREIRA, 2011, p. 56)

1.6.3 *Contratos comutativos e aleatórios*

Os contratos onerosos subdividem-se em comutativos e aleatórios.

Comutativos são os de prestações certas e determinadas, fazendo com que as partes saibam dos benefícios e das vantagens do contrato antecipadamente. As prestações serão equivalentes. Maria Helena Diniz vai dizer que, o contrato comutativo é oneroso e bilateral, onde cada contraente vai receber do outro prestação relativamente equivalente podendo de imediato verificar a equivalência. (2003, p. 103)

Nos contratos *aleatórios* a prestação de uma ou de ambas as partes depende de um risco futuro e incerto, sem que seja possível antecipar a sua quantia. Podem ser aleatórios por natureza ou acidentalmente aleatórios.

Aleatórios por natureza são bilaterais e onerosos, onde uma das partes não consegue prever qual será sua vantagem decorrente da prestação fornecida. Exemplo: contrato de jogo, aposta ou seguro. (GONÇALVES, 2011, p. 97)

Acidentalmente aleatórios podem ser de duas espécies: 1) venda de coisas futuras e 2) venda de coisas existentes mais expostas a risco. Os que têm por objeto coisas futuras dar-se-á o risco em relação a: 1) própria existência da coisa e 2) à sua quantidade. (GONÇALVES, 2011, p. 98)

1.6.4 *Contratos paritários e de adesão. Contrato-tipo.*

Contratos *paritários* são aqueles tradicionais, onde as partes estão em situação de igualdade e, assim acordam livremente os termos do contrato. Diniz (2003, p. 105) explica que são aqueles em que as partes interessadas, em pé de igualdade, em face do princípio da autonomia da vontade, discutem na fase de negociação, os termos do contrato, eliminando as divergências mediante transigência de ambas as partes.

Contratos de *adesão* são os que têm preponderância da vontade de uma das partes, sendo que a outra parte não tem liberdade de escolha nos termos do contrato. É um modelo pronto de contrato, onde a parte adere ou não ao serviço, não podendo modificar nenhuma cláusula. Na definição de Caio Mario, “*são aqueles que não resultam do livre debate entre as partes, mas provêm do fato de uma delas aceitar tacitamente cláusulas e condições previamente estabelecidas pela outra*”. (2011, p. 62)

1.6.5 *Contratos de execução instantânea, diferida e de trato sucessivo*

Essa classificação versa a respeito do momento em que os contratos devem ser cumpridos.

São de *execução instantânea* ou *imediate* ou *execução única* aqueles cumpridos imediatamente depois de celebrados, em um só ato, como exemplo cita-se a compra e venda a vista. Venosa conceitua, expondo que “*é quando as partes adquirem e cumprem seus direitos e obrigações no mesmo momento da celebração do contrato, quando ao pagamento se contrapõe a tradição da coisa*”. (2008, p. 404)

São de *execução diferida* ou *retardada* aqueles que cumpridos em um só ato, porém em momento futuro. Pereira expõe que “é aquele em que a prestação de uma das partes não se dá de um só jato, porém a termo, não ocorrendo a extinção da obrigação enquanto não se completa a *solutio*”. (2011, p. 60)

São de *trato sucessivo* ou de *execução continuada* aqueles cumpridos em vários atos, reiterados e periódicos, como por exemplo, a locação. Segundo Pereira, “é o contrato que sobrevive, com a persistência da obrigação, muito embora ocorram soluções periódicas, até que, pelo implemento de uma condição, ou decurso de prazo, cessa o próprio contrato. (2011. p. 60)

1.6.6 *Contratos personalíssimos e impessoais*

Contratos *personalíssimos* ou *intuitu personae* são aqueles que observam uma qualidade específica de uma determinada pessoa para cumprir o objeto do contrato. Não podendo ser executado por outra pessoa, esse contrato geralmente é uma obrigação de fazer, de um serviço infungível. Segundo Gonçalves, o obrigado não pode fazer-se substituir por outra pessoa, pois, o objeto do contrato será uma qualidade especial, cultural, profissional, artística ou outra qualquer, que teve influência direta no outro contratante para a realização do pacto. (2011, p. 104)

Contratos *impessoais* são aqueles que podem ser cumpridos por qualquer pessoa, não importa quem executará o serviço e sim que ele seja realizado. Nas palavras de Gonçalves, “são aqueles cuja prestação pode ser cumprida, indiferentemente, pelo obrigado ou por terceiro. O importante é que seja realizada, pouco importando quem a executa”. (2011, p. 104)

1.6.7 *Contratos individuais e coletivos*

Essa classificação é mais utilizada no Direito do Trabalho. No contrato *individual* as vontades são individualmente consideradas, mesmo envolvendo várias partes.

“Contrato individual é o que se forma pelo consentimento de pessoas, cujas vontades são individualmente consideradas. Não é a

singularidade de parte que o identifica. Pode uma pessoa contratar com várias outras ou um grupo de pessoas com outro grupo, e o contrato ser individual, uma vez que, na sua constituição, a emissão de vontade de cada uma entra na etiologia de sua celebração.” (PEREIRA, 2011, p. 61)

Já os contratos *coletivos* exteriorizam um acordo de vontades entre duas pessoas jurídicas de direito privado, que representam uma categoria profissional, sendo denominados de *convenções coletivas*. Estão presentes também, os contratos coletivos, no Direito Empresarial realizados por pessoas jurídicas que representam indústrias ou sociedades empresaria, com a finalidade de inibir concorrência desleal, incentivar pesquisa, desenvolver a cooperação mútua, entre outras coisas. (GONÇALVES, 2011, p. 105)

1.6.8 Contratos principais e acessórios. Contratos derivados

A importância da classificação dos contratos em principais ou acessórios se dá devido ao fato de que alguns contratos dependem de outro para terem eficácia. Os contratos acessórios dependem dos principais, sendo que estes são autônomos e não dependem de nenhum outro. Já os contratos derivados, dependem ou derivam de outro contrato.

Contratos acessórios, segundo Gonçalves, “são os que têm sua existência subordinada à do contrato principal, como a cláusula penal, a fiança e etc.” Esses contratos têm como função garantir o cumprimento do contrato principal, como por exemplo, o penhor, a hipoteca convencional, a fiança e etc. O autor acrescenta ainda que “contratos derivados ou subcontratos são os que têm por objeto direitos estabelecidos em outro contrato, denominado básico ou principal, como a sublocação, a subempreitada e etc.” (2011, p. 106)

1.6.9 Contratos solenes e não solenes

Contratos *solenes* ou *formais* são aqueles em que a lei impõe forma certa para sua celebração para que tenham existência no mundo jurídico, sendo que, quando não observada esta forma, o contrato não terá validade. Caio Mário (2011, p. 53) conceitua esse contrato como aquele cuja formação não depende unicamente da vontade das partes, exigindo-se a observância de certas formalidades, razão pela qual o contrato será *formal*.

Já os contratos *não solenes* são aqueles que possuem forma livre, bastando o consentimento para a sua formação. Como a lei não exige nenhuma formalidade para o seu aperfeiçoamento, podem ser celebrados por qualquer forma, sendo possível fazê-los tanto por escrito particular, como verbalmente. Em regra os contratos tem forma livre, salvo expressas exceções. (GONÇALVES, 2011, p. 109)

1.6.10 Contratos consensuais e reais

Contratos *reais* são aqueles que só se concretizam com a entrega da coisa. Na lição de Caio Mário, denomina-se *real* o contrato que a lei exige a *traditio* efetiva do objeto. A entrega da coisa é requisito para a constituição do ato. O consentimento é seu elemento, porém não é suficiente, devendo ocorrer a entrega da coisa. Como exemplo cita-se o comodato, mútuo, depósito, a que se acrescenta a doação manual de pequeno valor. (2011. p. 55)

Contratos *consensuais* são aqueles em que a lei não exige nada mais do que a vontade das partes. Eles se formam exclusivamente pelo acordo de vontades (*solo consensu*), uma vez que no nosso direito predomina o princípio do consensualismo. (PEREIRA, 2011, p. 53) No ensinamento de Venosa, “os contratos são consensuais quando se aperfeiçoam pelo mero consentimento, manifestação de vontade contratual, seja esta formal ou não”. (2008, p. 401)

1.6.11 Contratos preliminares e definitivos

Contrato *preliminar* ou *pactum de contrahendo* tem sempre por objeto a efetivação de um contrato definitivo. Não visam os contraentes modificar efetivamente sua situação, e sim criar a obrigação de um futuro *contrahere*. (GONÇALVES, 2011, p. 112) Conceitua-se esse contrato como “*aquele por via do qual ambas as partes ou uma delas se comprometem a celebrar mais tarde outro contrato, que será contrato principal*”. (Von Tuhr apud: PEREIRA, 2011, p. 69) Messineo considera que a diferença entre o contrato *preliminar* e o principal é o objeto, que no primeiro é a obrigação de concluir o outro contrato, enquanto que no segundo é uma prestação substancial. (apud PEREIRA, 2011, p. 69)

Preliminar, portanto é a fase de preparação para adentrar no contrato definitivo, é o momento em que ocorrem as negociações, a fase de conhecimento entre as partes, de preparação para efetuar de fato a contratação.

Contrato *definitivo* tem objetos diversos, de acordo com a natureza de cada avença. Cada contrato tem um objeto peculiar. (GONÇALVES, 2011, p. 112)

1.6.12 *Contratos nominados e inominados, típicos e atípicos, mistos e coligados. União dos contratos*

Diz-se que contratos *nominados* ou *típicos* são aqueles em que suas regras estão previstas expressamente na lei. Para Venosa, “*se a avença contratual for daquelas descritas e especificadas na lei, estaremos diante de um contrato típico (ou nominado, embora não seja essa a terminologia mais correta)*”. (2008, p. 395)

Contratos *inominados* ou *atípicos* afastam-se dos modelos legais, pois não são disciplinados em lei, porém são permitidos juridicamente desde que não vá de encontro às leis e aos bons costumes. O artigo 425 do Código Civil Brasileiro prescreve que “*É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código*”.

Diniz expressa que atualmente, visando à proteção desses contratos, poderá utilizar-se de ações análogas às dos nominados. Em regra decorrem da fusão de contratos nominados, onde se acrescentam particularidades não previstas pelo legislador, criando assim novos negócios jurídicos, denominados de contratos mistos. Contrato *complexo* ou *misto*,

“é o que decorre da combinação de elementos de dois ou mais contratos simples, constituindo uma unidade contratual, formando uma nova figura não regulada por lei. Tendo como exemplo o contrato de hospedagem, oriundo da junção de elementos do contrato de locação, venda e depósito”. (2003, p. 110)

Contrato *coligado* não vai se confundir com o misto, pois constituem uma pluralidade de vários contratos, que celebrados pelas partes, encontram-se de alguma forma interligados. Ruy Rosado de Aguiar vai dizer que, embora distintos, estão ligados por uma cláusula acessória, implícita ou explícita. (apud GONÇALVES 2011, p. 117)

Nos dizeres de Almeida Costa, ocorre, *união dos contratos* quando há contratos distintos e autônomos, que apenas serão realizados ao mesmo tempo

ou mesmo documento, porém o vínculo é meramente externo, como por exemplo, na compra da moradia e reparação de um outro prédio. (apud GONÇALVES, 2011, p. 117)

1.7. Função social do contrato

De mais a mais, a função social evidencia-se como a razão e o limite do contrato, numa relação que vincula a legitimidade do contrato à existência de função social, por ser esta a adequação do contrato aos valores sociais constitucionais. Terá função social o contrato que preserve a dignidade dos contratantes e de terceiros, prezando pela existência, entre as partes, de uma relação de solidariedade e cooperação, além da equivalência material, traduzida no equilíbrio jurídico, econômico, etc.

O Código Civil de 2002 buscou se afastar de concepções individualistas, diferentemente do diploma anterior, buscando maior compatibilidade com o direito contemporâneo, adotando o princípio da *socialidade*, fazendo prevalecer os valores coletivos sobre os individuais, sem, contudo, esquecer o valor fundamental da pessoa humana. (GONÇALVES, 2004, p. 4-6) Nesse sentido, dispõe o art. 421 do Código Civil Brasileiro: *“A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”*.

Segundo Caio Mário,

“A função social do contrato serve precipuamente para limitar a autonomia da vontade quando tal autonomia esteja em confronto com o interesse social e este deva prevalecer, ainda que essa limitação possa atingir a própria liberdade de contratar, como ocorre nas hipóteses de contrato obrigatório”. (2011, p. 12)

A liberdade de contratar é subordinada à função social, prevalecendo os princípios condizentes com a ordem pública e atentando para que o contrato não vá contra o conceito de justiça comutativa. Sendo a função social assegurada pela Constituição da República, o Código Civil estabelece que a liberdade de contratar e a função social não podem caminhar separadas. (PEREIRA, 2011, p. 12)

O atendimento à função social pode ser focado em dois aspectos: o individual, que diz respeito aos contratantes, que através do contrato satisfazem interesses próprios, e outro público, que é o interesse da coletividade sobre o contrato. Sendo assim, a função social do contrato só será cumprida quando a sua finalidade – distribuição de riquezas – for atingida de forma justa, representando uma fonte de equilíbrio social. (BIERWAGEN apud GONÇALVES, 2004, p. 6)

Sendo assim, o contrato não deverá atender apenas aos interesses dos particulares que o estipulam, pois ele, por sua própria finalidade, exerce uma função social inerente ao *poder negocial* que é uma das fontes do direito, ao lado da legal, da jurisprudencial e da consuetudinária. Contudo, é natural que se atribua ao contrato uma função social, para que ele seja concluído em benefício dos contratantes sem conflito com o interesse público. O que se exige é apenas que o acordo de vontades não se dê em detrimento da coletividade, e sim que ele atinja a sua finalidade de afirmação e desenvolvimento. É nesse contexto que deve ser interpretado o dispositivo que consagra a função social do contrato, a qual não colide, pois, com os livres acordos exigidos pela sociedade contemporânea, e sim lhes assegura efetiva validade e eficácia. (REALE, 2012)

2. DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DOS CONTRATOS.

Antes de adentrar nos princípios e seu uso na esfera jurídica é de suma importância sua conceituação, vez que essa expressão abarca vários sentidos. Maria Helena Diniz expõe que, os princípios são cânones que não foram explicitamente ditados por aquele que elaborou as normas, e não estão contidos de forma imanente no ordenamento jurídico. Eles servem de base para preencher lacunas e não podem opor-se às disposições do ordenamento jurídico e sim fundar-se em sua natureza, apresentando-se como um 'organismo' lógico, capaz de conter uma solução segura para um caso duvidoso. (DINIZ, 2010, p. 147-148)

Os princípios são regramentos básicos que podem ser aplicados a um ordenamento jurídico, tendo força normativa e coercitiva, sendo alguns resguardados pela Constituição. Os princípios constituem uma abstração, podendo ser retirados das normas, dos costumes, da doutrina, da jurisprudência ou até mesmo de aspectos políticos, econômicos e sociais. (TARTUCE, 2007, p. 102-103)

Visando a proporcionar liberdade e justiça aos contratantes, além de atribuir função social aos contratos, surgem os princípios fundamentais do direito. O legislador vai fazer uso de princípios básicos na regulamentação geral dos contratos, visando à composição de interesses tanto individuais, quanto coletivos ou estatais. (NADER, 2010, p. 23)

De acordo com Jacob Dolinger,

“Como toda ciência do direito, o Direito Internacional Privado trabalha com princípios e regras. As regras estabelecem a lei aplicável para as diversas áreas do direito, enquanto os princípios atuam como normas controladoras e restritivas da aplicação das regras”. (DOLINGER, 2008, p. 47)

Os princípios são mecanismos que foram criados para ajudar o legislador em suas ponderações a respeito de determinado tema do Direito. Nos contratos eles caminham lado a lado com as regras, ajudando em sua aplicação.

Embora se perceba divergência doutrinária quanto aos princípios considerados fundamentais ao direito contratual, o estudo ora proposto, se servirá da análise específica de alguns deles, aplicáveis tanto no âmbito nacional quanto

internacional, a citar: Princípio da Autonomia da Vontade, Princípio da Supremacia da Ordem Pública, Princípio do Consensualismo, Princípio da Relatividade dos Contratos, Princípio da Obrigatoriedade dos Contratos ou Princípio da Força Obrigatória e Princípio da Boa-fé e da Proibição dos Contratos.

2.1. Princípio da autonomia da vontade

A autonomia da vontade significa que as partes podem contratar livremente sem a intervenção do Estado, desde que não violem a ordem pública e os bons costumes. (VENTURA, 2002, p. 30)

Na ordem interna *autonomia* vai significar que as partes podem fixar livremente o conteúdo dos contratos, respeitando os limites da lei, dentro das normas imperativas e de ordem pública. É o poder reconhecido pela ordem jurídica aos indivíduos de criar situações jurídicas. Já na ordem internacional, significa a liberdade das partes de escolherem outro sistema jurídico para regular o contrato. Ela vai ter por objeto a designação de uma lei aplicável ao contrato. (ARAÚJO, 2004, p. 49-50)

Martins, citando Moreno, vai dizer:

“Grande parte dos países do ocidente reconhece em suas normativas conflituais o princípio da autonomia da vontade. No direito internacional privado, o princípio da autonomia da vontade permite às partes, em suas vinculações transfronteiriças, determinar livremente o conteúdo de seus acordos, o direito aplicável e o foro competente”. (MORENO, 2006, p. 65 apud Martins, p. 100).

Esse princípio é tido como um dos mais importantes, senão o mais importante no que se refere aos contratos. As pessoas são livres para contratar, dentro dos requisitos da lei, aquilo que quiserem com quem quiserem e da forma que quiserem.

O princípio da autonomia da vontade se alicerça exatamente na ampla liberdade contratual, no poder dos contratantes de disciplinar seus interesses mediante um acordo de vontades, fazendo com que esses interesses sejam protegidos pela lei. As partes podem celebrar ou não contratos, sem qualquer interferência do Estado. (GONÇALVES, 2004, p. 20)

Orlando Gomes expõe que esse princípio particulariza-se, no Direito Contratual, na liberdade de contratar. Essa liberdade de contratar manifesta-se em três aspectos: a) *liberdade de contratar propriamente dita*; b) *liberdade de estipular o contrato*; c) *liberdade de determinar o conteúdo do contrato*. Significa o poder conferido às partes contratantes, permitindo que regulem seus interesses da forma que quiserem, até mesmo oposta à prevista em lei, não estando obrigadas a aceitarem disposições peculiares a cada contrato, sendo livres para determinar o conteúdo do contrato, dentro dos limites legais imperativos. (2007, p. 25-26)

Acrescenta o autor,

“O princípio da liberdade de contratar torna-se mais inteligível à luz da disposição entre leis coativas e supletivas. As primeiras ordenam ou proíbem algum ato, determinando o que se deve e o que não se deve fazer. Quando ordenam, dizem-se imperativas. Quando proíbem, proibitivas. Destinam-se as leis supletivas a suprir ou completar a vontade do indivíduo, aplicando-se quando ele não a declara. O Direito Contratual constitui-se predominantemente de normas supletivas, deixando, portanto, larga margem à vontade dos que agem em sua esfera”. (2007, p. 26)

Essa liberdade de contratar, conduzida, em regra, por normas supletivas, somente será exercida quando as partes desejarem regerem os contratos de maneira diversa, sendo nesse momento que essa liberdade vai ser assegurada. O direito contratual é composto de leis supletivas e coativas, pois, conforme ressalva Gomes (2007, p. 27) “*em qualquer regime contratual, são indispensáveis normas inderrogáveis pela vontade das partes*”.

Sendo assim, o princípio da autonomia privada é um regramento básico, de ordem particular, porém influenciado por normas de ordem pública, pelo qual na formação dos contratos, consideram-se outros fatores como os de ordem psicológicos, políticos, econômicos e sociais. Trata-se do direito indeclinável da parte de regulamentar seus próprios interesses, porém que encontram limitações nas normas de ordem pública. (TARTUCE, 2007, p. 180)

Embora as partes sejam livres para contratar e determinarem, nos limites da lei, a regulamentação de seus contratos, esse princípio sofre grande limitação, sob tudo no âmbito internacional, uma vez que não é plenamente aceito

pela legislação brasileira, que se limita, no âmbito dos contratos nacionais, a dar liberdade de contratar às pessoas dentro dos limites da lei, já no âmbito internacional, onde esse princípio tem sentido mais amplo, a lei brasileira veta seu uso pleno.

2.2. Princípio da supremacia da ordem pública

Todavia a liberdade de contratar não seja absoluta, uma vez que deve-se respeito à ordem pública, ao interesse da sociedade como um todo prevalecendo sobre o interesse individual. O princípio da supremacia da ordem pública vem como um limitador ao princípio da autonomia da vontade.

Segundo Silvio Rodrigues:

“A ideia de ordem pública é constituída por aquele conjunto de interesses jurídicos e morais que incumbe à sociedade preservar. Por conseguinte, os princípios de ordem pública não podem ser alterados por convenção entre particulares. *Jus publicum privatorum pactis derogare non potest*.” (1988, p. 16)

O Código Civil de 2002, em seu artigo 2.035, parágrafo único, dispõe ainda que, *“nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”*. O artigo 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro traz a ordem pública como uma cláusula geral, uma regra de direito internacional privado que retira a eficácia de qualquer declaração de vontade ofensiva da ordem pública. (Gonçalves, 2004, p. 22-25)

O novo código dispõe sobre as relações internas, para as quais passa também a vigorar, expressamente, o princípio da ordem pública. Seu conceito corresponde ao da ordem considerada indispensável à organização estatal, constituindo-se no estado de coisas sem o qual não existiria a sociedade, assim como normatizada pelo sistema jurídico. (Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Projeto RT, 775/24, apud Gonçalves, 2004, p. 24).

Embora as partes tenham ampla liberdade de contratar, devem ser respeitados a ordem pública e os bom costumes, para que o contrato não ultrapasse os limites impostos pela lei e pela sociedade, é necessário que haja esse limitador

da vontade, para que não se tenha uma banalização dos contratos, tendo objetos ilícitos ou desrespeitosos aos valores da sociedade.

2.3. Princípio do consensualismo

O Princípio do Consensualismo se situa na ideia do consenso, ou seja, o contrato depende do acordo de vontade das partes para se formar. Conforme a lição de Caio Mário, “*O contrato nasce do consenso puro dos interessados, uma vez que é a vontade a entidade geradora.*” (2011, p. 17)

O simples acordo de duas ou mais vontades basta para gerar o contrato válido, pois, em regra, não se exige forma especial para a formação do vínculo contratual. (DINIZ, 2003, p. 74) A princípio, quando se deseja realizar um pacto contratual, o quesito mais importante é o consenso entre as partes, tendo em vista que, se houver algum tipo de desacordo, o contrato não se formará.

2.4. Princípio da relatividade dos efeitos do contrato

Os contratos só surtirão efeitos entre as partes. Só aqueles que manifestaram vontade em contratar e se dispuseram a vincular-se ao seu conteúdo serão atingidos, sem afetar terceiros que não fazem parte da relação jurídica.

O princípio da relatividade dos contratos diz respeito à sua eficácia. Sua formulação deve ser feita em termos claros e concisos de modo que seus efeitos só atingirão exclusivamente as partes, não prejudicando terceiros. Porém, esse princípio não é absoluto, sofrendo exceções. Os efeitos dos contratos, fugindo a regra geral, podem vir a atingir outras pessoas, quer criando direitos, quer impondo obrigações, como exemplo, a estipulação em favor de terceiro, o contrato coletivo de trabalho, a locação em alguns casos e o fideicomisso “*inter vivos*”. (GOMES, 2007, p. 47)

Gomes (2007, p. 47) ainda considera que as pessoas em cuja esfera jurídica podem produzir efeitos finais de contrato, é importante observar o conceito de oponibilidade, fazendo a distinção entre três categorias de terceiros: 1ª) os que são estranhos aos contratos, porém participam do interesse, cuja posição jurídica é subordinada à da parte, como os subcontratantes e os mandatários; 2ª) os interessados, porém em posição independente e incompatível com os efeitos do

contrato; 3ª) aqueles normalmente indiferentes ao contrato, contudo legitimados a reagir quando sofrem prejuízo dos efeitos do mesmo contrato, assim como os credores.

2.5. Princípio da obrigatoriedade dos contratos

As condições estipuladas no contrato deverão ser fielmente cumpridas (*pacta sunt servanda*), sob pena de execução patrimonial contra o inadimplente, pois o contrato firmado livremente pelas partes passa a incorporar o ordenamento jurídico, constituindo uma verdadeira norma de direito, autorizando assim o contratante a buscar a tutela estatal para assegurar o seu cumprimento. (DINIZ, 2003, p. 74)

Os contratos fazem lei entre as partes que, aceitaram se vincular a ele, por vontade própria. Sendo os contratos uma expressão e concretização da vontade de duas ou mais partes, uma vez firmado, tem-se que respeitar aquilo que foi combinado. Esse princípio é também chamado de princípio da intangibilidade. Destaca Carlos Roberto Gonçalves,

“O princípio em epígrafe, também denominado princípio da intangibilidade dos contratos, representa a força vinculante das convenções. Daí por que é também chamado de princípio da força vinculante dos contratos”. (Gonçalves, 2004, p. 27)

A força obrigatória consubstancia-se na regra de que o contrato é lei entre as partes. Sendo ele celebrado dentro dos pressupostos e requisitos da lei, suas cláusulas tornam-se obrigatórias para as partes, obrigando os contratantes, não importando em quais circunstâncias esse contrato tiver que ser cumprido. (GOMES, 2007, p. 38)

O autor expõe ainda que,

“Essa força obrigatória atribuída pela lei aos contratos é a pedra angular da segurança do comércio jurídico. (...) O princípio da intangibilidade do conteúdo dos contratos significa impossibilidade de revisão pelo juiz, ou de libertação por ato seu. (...) As cláusulas contratuais não podem ser alteradas judicialmente, seja qual for a razão invocada por uma das partes. Se ocorrerem motivos que

justificam a intervenção judicial em lei permitida, há de realizar-se para decretação da nulidade ou da resolução do contrato, nunca para a modificação do seu conteúdo”. (2007, p. 38)

Normalmente, esse princípio não admitiria que nenhum acontecimento, por mais imprevisível que fosse, desequilibrando intensamente o contrato, permitisse a intervenção do Estado, para consertar esses problemas. Pois se as partes aceitaram as condições do contrato e não foram capazes de prever eventuais problemas em sua realização, deveriam então arcar com as consequências. Porém, atualmente, admitem-se exceções, contudo sem abandonar sua essência de conferir segurança jurídica aos contratos.

Passou-se a aceitar, excepcionalmente, a possibilidade de intervenção judicial em alguns contratos, que em alguns casos a força obrigatória dos contratos pode ser contida pelo juiz. Isso baseado em acontecimentos extraordinários, que revelem injustiça na aplicação absoluta do princípio. Para justificar as exceções a doutrina, inicialmente fez ressurgir a chamada cláusula “*rebus sic stantibus*”, e, em seguida, adotou a teoria da imprevisão. (Gomes, 2007, p. 40)

Maria Helena Diniz acrescenta ao tema,

“Esse princípio da força obrigatória funda-se na regra de que o contrato é lei entre as partes, desde que estipulado validamente (...) com observância dos requisitos legais. Mas devido ao dirigismo contratual, o *pact sunt servanda* não é absoluto, pois casos haverá em que se terá a resolução ou a revisão judicial dos atos legais negociais p. ex., em razão de desequilíbrio sofrido em consequência de fatos imprevisíveis nas relações contratuais, que possam até acarretar a exploração de um sob o outro (...) justificando o restabelecimento do *statu quo ante* pela cláusula *rebus sic stantibus*” (2003, p. 74).

A cláusula *rebus sic stantibus* considerava-se inserida nos contratos de duração e nos de execução diferida, como condição de sua força obrigatória. Era contido que não deveria ser alterado o estado de fato existente no momento de sua formação. Porém, não deve bastar a alteração do estado de fato no momento da formação do vínculo. É preciso algo que justifique a quebra contratual. Passou a ser indispensável a impossibilidade de prever a mudança desse estado, para a autoridade judicial modificar o contrato. Tornou-se importante de tal forma, que a

nova construção passou a ser denominada *Teoria da Imprevisão*. (Gomes, 2007, p. 41)

Para a Teoria da Imprevisão exige-se que a alteração seja de tal ordem que a onerosidade excessiva não possa ser prevista. A imprevisão tem que decorrer de fato extraordinário. Ocorrendo, assim, a agravação da responsabilidade econômica, trazendo para o contratante muito maior onerosidade, e sem qualquer possibilidade de previsão, pelas partes, dessa situação. Se houver possibilidade de previsão, o princípio da força obrigatório permanecerá intacto. É preciso que o acontecimento seja extraordinário e imprevisível. (Gomes, 2007, p. 41)

Portanto, faz-se de imensa importância mecanismos que possam auxiliar as partes quando ocorrerem situações alheias a sua vontade, que possam colocar fim a qualquer espécie de onerosidade excessiva para as partes. É nesse sentido que atua a cláusula *rebus sic stantibus* e a teoria da imprevisão, sem diminuir a eficácia do princípio da força obrigatória dos contratos.

2.6. Princípio da boa-fé e da probidade.

O Estado dá aos seus cidadãos, desde que obedecida a lei, o direito de realizar diversos negócios jurídicos, principalmente sob o âmbito dos contratos, como uma forma de regulamentação. Para que ele não tenha que intervir futuramente nas negociações entre os particulares, espera-se que os contratos sejam regidos pela boa-fé.

Este princípio está mais relacionado à interpretação do contrato do que a sua estrutura. Significa que o que foi literalmente escrito não deve prevalecer sobre a vontade manifestada. A interpretação não se resume a simples apuração da intenção das partes. Para traduzir o interesse social de segurança nas relações jurídicas, as partes devem agir com lealdade e confiança recíprocas, devem proceder com boa-fé. Modernamente distingue-se boa-fé subjetiva, que se refere a um estado subjetivo, psicológico do indivíduo, da boa-fé objetiva, que corresponde a uma regra de conduta, um modelo de comportamento social, externo ao sujeito. (GOMES, 2007, p. 44)

Apesar de o princípio da boa-fé estar consagrado em norma infraconstitucional, ele recai sobre todas as relações jurídicas presentes na vida em

sociedade. É tido como cláusula geral de observância obrigatória, porém, contém um conceito indeterminado e carente de concretização nas peculiaridades de cada caso concreto. (PEREIRA, 2011, p. 18)

A boa-fé a que se refere o artigo 422 do Código Civil é a boa-fé objetiva, característica das relações obrigacionais, e de acordo com Caio Mario,

“Ela não se qualifica por um estado de consciência do agente de estar se comportando de acordo com o Direito, como ocorre com a boa-fé subjetiva. A boa-fé objetiva não diz respeito ao estado mental subjetivo do agente, mas sim ao seu comportamento em determinada relação jurídica de cooperação. O seu conteúdo consiste em um padrão de conduta, variando as suas exigências de acordo com o tipo de relação existente entre as partes”. (2011, p. 18)

Ela não cria somente deveres negativos como faz a boa-fé subjetiva. Cria também deveres positivos, uma vez que as partes tem que agir da melhor forma possível para que se chegue ao objetivo desejado. Assim, o dever de simplesmente não prejudicar, característico da boa-fé subjetiva, se transforma em objetivo de cooperar na boa-fé objetiva. Serve ainda de elemento interpretativo do contrato, como elemento de criação de deveres jurídicos ou ainda como elemento de limitação e ruptura de direitos, vedando que a conduta da parte seja diversa de conduta anterior vindo a prejudicar a outra parte. (PEREIRA, 2011, p. 18)

3. CONTRATOS INTERNACIONAIS, REGRAS APLICÁVEIS E OS PRINCÍPIOS DO UNIDROIT

3.1. Dos contratos internacionais

No primeiro capítulo buscaram-se demonstrar as várias características do contrato no sistema jurídico brasileiro, seus usos e costumes. Já nesse capítulo expõe-se o caráter multifacetário dos contratos internacionais e seus mais diversos ordenamentos jurídicos. Como se verá adiante, os contratos internacionais dependem de vários fatores para se concretizarem, fatores estes que dependem das singularidades de cada país participante do pacto contratual.

Não obstante as dificuldades de concretização dos contratos internacionais, a uniformização das regras relacionadas a eles se colocam como uma alternativa cada vez mais utilizada pelas pessoas que adentram em negociações internacionais. E é nesse contexto que serão expostas as diversas características dos contratos internacionais.

3.1.1 *Caracterização dos contratos internacionais*

Os contratos internacionais, como meio de integração entre os Estados, legitimam e instrumentalizam o comércio entre os vários países do mundo. Aliás, são por meio deles que se compram e se vendem mercadorias, trocam-se informações, inovações tecnológicas, projetos de infraestrutura, operações financeiras, dentre outros. Porém, há uma importante problemática que envolve os contratos internacionais e que não deve ser ignorada. Trata-se da indiscutível diferença entre as legislações dos países em que eles se formam, que evidenciarão confrontos não somente quanto aos foros de eleição, mas de jurisdição, lei aplicável, costumes, local de execução e local do contrato, por exemplo.

De acordo com Irineu Strenger,

“o contrato internacional é consequência do intercâmbio 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 pelos transterritoriais”. (2003, p. 31)

No atual contexto do comércio internacional globalizado, as trocas comerciais implicam, do ponto de vista jurídico, a formação de um contrato. Essa complexa relação entre pessoas e empresas, que tem diferentes objetos, como bens e serviços, em pequena ou grande escala, que muitas vezes ultrapassa as fronteiras nacionais, reflete a natureza problemática dos contratos na modernidade. (GAMA, Jr, 2006, p. 223-224)

Os contratos internacionais são decorrentes de uma multiplicidade de fatores, envolvendo métodos e sistemas interdisciplinares, inspirados na economia, na política, no comércio exterior, nas ciências sociais e nas relações internacionais. (STRENGER, 2003, p. 43)

A principal característica dos contratos internacionais é a extraterritorialidade. Em decorrência disso, os contratos internacionais atingem mais de uma legislação e mais de uma jurisdição. E em posição de negociação, as partes têm que definir a que foro e/ou legislação se submeterão. É de livre escolha das partes a lei aplicável ao contrato internacional, pode-se optar por aquela lei que mais beneficie o objeto do contrato, ou ainda, escolher uma legislação neutra para regê-lo. As partes podem ainda escolher a jurisdição e o foro que serão competentes para dirimir eventuais conflitos. Pode-se escolher a jurisdição de uma ou outra parte, ou ainda uma terceira, que seja mais confiável para ambas as partes. (VENTURA, 2002, p. 23-26)

Diante de tais circunstâncias, é de praxe, entre os contratantes, a escolha da lei do país que mais favorece o objeto do contrato, ou seja, aquela detentora da maior parte de tópicos relacionados com o assunto objeto do pacto e que possa trazer mais benefícios em eventual contenda que demande a solução de problemas envolvendo aquilo que foi contratado pelas partes. Porém, ainda assim, surgem divergências no momento de dirimir problemas envolvendo contratos internacionais.

3.1.2 Formação dos contratos internacionais.

O processo de preparação do contrato internacional é, em regra, mais complexo do que a de um contrato interno. Exigem eles, vários elementos que se diferenciam dos contratos nacionais. Culturas, costumes, idiomas, moedas, regras cambiais, sistemas jurídicos, apresentam diferenças significativas, que criam

obstáculos para aqueles que vão adentrar em uma negociação internacional e se encontram em diferentes países. Essas diferenças se manifestam nos mecanismos e processos de elaboração e execução dos contratos. (CRETELLA, 2010, p. 19)

No âmbito da contratação interna, os contratantes contam com maior segurança jurídica, pois suas relações contratuais serão pautadas pelas leis do país, que não podem ser violadas sob pena de sofrerem sanções por parte do Estado. Já nas contratações internacionais as partes estão vulneráveis devido a descentralização característica da sociedade internacional e a inexistência de um Poder Judiciário centralizado capaz de impor sanções. (CRETELLA, 2010, p. 20-21)

No comércio internacional a formação dos contratos se dá de forma diversa dos contratos nacionais. O primeiro passo é a aproximação das partes, que aqui, se dá de forma peculiar. Essa aproximação se consubstancia através de inúmeros mecanismos que permitem o desenvolvimento das relações comerciais e pessoais das partes, como por exemplo, feiras, exposições, simpósios, congressos, câmaras de comércio, entre outros eventos e organismos. (BASSO, 2002, p. 23-24)

Embora essa aproximação ainda não gere vínculos obrigacionais, é dela que nascem as ofertas, as propostas, assim como as aceitações, que são forças motrizes da formação dos contratos. (BASSO, 2002, p. 23-24) Sendo assim, embora da aproximação não surja de imediato o contrato, é dela que vai surgir a intenção de contratar e é nela que as partes conhecerão as possibilidades da contratação.

Antes até mesmo de ser formulada uma proposta, essa aproximação inicial, também denominada de negociação preliminar, segundo Cretella, vai ser a etapa que antecede a formação do contrato. No caso dos contratos internacionais costuma ser longa, incluindo viagens, reuniões, visitas técnicas, conversas com fornecedores e clientes finais, estudos de mercado, e outras coisas nesse sentido. Isso tudo para que as partes possam se conhecer, conhecer os mercados em que irão se inserirem e terem melhores condições de prever futuras dificuldades que podem surgir no contrato. (2010, p. 296)

Nesse contexto, é de imensa importância observar a fase pré-contratual para se ter maior segurança jurídica. Nessa fase preliminar da contratação internacional de compra e venda é de praxe a emissão de *pro forma invoice* ou fatura *pro forma* e a carta de intenções (*letter of intent*). É esse o

momento onde as partes devem definir a forma pela qual o contrato será redigido. Esse contrato pode tomar diversas formas, que deverá ser escolhida, em concordância pelas partes. (MARTINS, 2008, p. 93-94)

É no âmbito da oferta e da aceitação que surge o negócio jurídico bilateral, denominado de contrato internacional, que deve nascer da conjunção de vontade das partes. Nesse sentido:

“é essencial que cada um dos figurantes ‘conheça’ a manifestação de vontade que o outro faz. Não basta que as duas manifestações de vontade coincidam. É preciso que se ‘acordem’. Nem basta que se acordem: é preciso que se produzam em circunstâncias tais que entrem no mundo jurídico (existam e tenham validade – valham). Diz-se, freqüentemente, que uma das manifestações de vontade tem de ser anterior à outra (‘princípio da sucessividade’), de jeito que se teria de conhecer, sempre, quem ofertou e quem aceitou. Tal superposição necessária, no tempo, não é essencial. Em todo caso, é de importância conceitual que se fale de oferta e de aceitação (...) sucedendo as manifestações de vontade” (MIRANDA, 1984 apud BASSO, 2002, p. 23-24)

Sendo assim, também é pressuposto essencial dos contratos internacionais a declaração mútua de vontades, já que os seus efeitos serão sentidos pelas duas partes. É na oferta e na aceitação que se encontram os elementos vitais e geradores do contrato internacional de comércio.

É importante destacar que negociação se difere de proposta, uma vez que a oferta só surgirá depois de despendido algum tempo nas negociações ou mesmo depois de encerrada esta fase. Uma vez enviada a oferta, suspende-se as negociações, o ofertante renuncia ao direito de arrepender-se e o destinatário recebe uma espécie de *ultimatum*. (KAHN apud CRETELLA, 2010, p. 297)

Visando assim a continuidade e fluidez das operações do comércio exterior, torna-se necessário a adoção de um instrumento contratual que dê maior segurança jurídica aos negócios internacionais, sendo importante utilizar diferentes instrumentos contratuais, buscando aquele que melhor se encaixa em cada caso. (MARTINS, 2008, p.94)

Vem se tornando cada vez mais comum nas negociações internacionais a utilização da carta de intenções, na fase preliminar da contratação. Martins destaca que:

“A priori, a carta de intenções, em geral, contém motivos da negociação, direitos e obrigações em conformidade com o alcance total do acordo, prazos, hipóteses de suspensão da negociação e imposição recíproca de sigilo e confidencialidade da transação”. (2008, p. 95).

Esse instrumento é de suma importância nas contratações internacionais, sendo cada vez mais recomendado, como um meio de formalizar as decisões e regulamentar a forma de condução das negociações. (MINERVINE, 2003, p. 341 apud MARTINS, 2008, p.95)

Contudo, a carta de intenções não é o instrumento adequado para realizar uma negociação internacional, pois ela demonstra somente a intenção das partes e não formaliza de fato o contrato, pois podem surgir controvérsias sobre a eficácia dos vínculos promovidos por esta carta, tendo que ser analisada a legislação aplicável ao caso concreto.

Por estarem os contratos internacionais ligados a mais de um ordenamento jurídico, tal circunstância os tornam eivados de insegurança jurídica. Portanto, como forma de aumentar a previsibilidade da negociação, é necessária a criação de um contrato escrito, detalhado, objetivo e inequívoco, contendo nele a vontade das partes, desde que obedecidas às normas legais.

3.1.3 *Da oferta e da proposta*

A oferta é a primeira manifestação de vontade para a realização de um contrato. Também conhecidas como “proposta” e “policitação”, tem como função suscitar a realização do contrato, despertando na outra parte o desejo de concluir o negócio. É a exteriorização, a manifestação de vontade coincidente, acorde, existente e válida. (BASSO, 2002, p. 24-25)

Convém ainda distinguir oferta, declaração inicial e unilateral da vontade, objetivando a realização do contrato, e negociações preliminares, entendimentos preparatórios, tratativas. A oferta ou proposta é uma declaração unilateral de vontade de uma pessoa para a outra, com quem pretende contratar. (BASSO, 2002, p. 24-25)

Cretella vai dizer,

“A proposta (...) marca o momento inicial do processo de formação do contrato, consistindo no ato pelo qual uma das partes provoca a manifestação da outra. A proposta não gera, por si só, o contrato, mas o interesse social exige que seja feita com seriedade e boa-fé, daí imporem os ordenamentos jurídicos que esta obrigue o proponente”. (2010, p. 288)

Embora a proposta obrigue o proponente, ela pode ser revogável a partir da formulação de uma cláusula que torne isso possível. Além disso, o próprio conteúdo da proposta, a natureza da proposta ou ainda circunstâncias peculiares, podem exonerar o proponente da obrigação. O artigo 427 do Código Civil brasileiro dispõe sobre o assunto. Pode ser dirigida a uma ou mais pessoas, determinadas ou indeterminadas, deve ser real, firme e precisa, expondo de forma concisa os limites da vontade do proponente. Pode ser expressa ou por meio de conduta. E deve conter os elementos necessários para que, uma vez aceita, leve à conclusão imediata do contrato. (CRETILLA, 2010, p. 288-289)

É necessário ainda distinguir aquilo que é essencial e aquilo que é secundário dentro do objeto da oferta, considerando os aspectos objetivos e subjetivos. Sendo que tem natureza objetiva tudo aquilo que é indispensável para a formação do contrato. E subjetivos são os pontos, ou aspectos que uma ou ambas as partes subordinam a intenção de constituir o contrato. Contudo, elementos essenciais são aqueles sem o qual não há contrato, são pontos fundamentais para a formação do contrato, sendo que sem a observação dos mesmos, no momento da aceitação, o contrato não se forma. E, conseqüentemente, são secundários, todos os outros elementos que não são considerados essenciais, que podem ser determinados futuramente, sem observação rígida pelas partes para formar o pacto contratual. (BASSO, 2002, p. 27)

Entre os países da *Civil Law* não existe uma única regra acerca dos elementos essenciais e secundários. Há que se considerar sempre que, no *Common Law*, predomina a noção de barganha, sendo que a oferta e a aceitação, normalmente formam a barganha. No Brasil a oferta deve acompanhar o preço da mercadoria ou do serviço oferecido. Na prática, muitas vezes a indicação do preço proposto é a do mercado, ou o de mercado na época da entrega da coisa, ou preços concorrentes de determinada Bolsa na data do embarque. Sendo que, a parte que

aceitar a essas condições estará sujeita a variações de preço, assumindo assim, um enorme risco. (BASSO, 2002, p. 28-29)

A proposta é vinculante em relação ao proponente, reconhecendo a força obrigatória da vontade de contratar. É o princípio *pacta sunt servanda*, dando ao mesmo tempo, satisfação das necessidades da sociedade, e permitindo ao comércio se desenvolver e prosperar. (BASSO, 2002, p.30)

“A jurisprudência brasileira tem entendido que, como a proposta cria no oblato a expectativa de realização do contrato, levando-o muitas vezes a fazer despesas, a interromper ou encetar atividades, bem como despender tempo, o proponente responderá por perdas e danos se retirar a oferta injustificadamente” (RT, 104:608).

Como o oblato pode criar expectativas em relação àquela proposta, dependendo tempo e gastos no caminho para a aceitação daquela oferta, é necessário um mecanismo de proteção para que caso as negociações não se concretizem, ele tenha algum instrumento que possa recorrer para minimizar suas perdas.

Também no Common Law, as negociações preliminares se diferenciam da oferta porque a intenção não é vincular o proponente a partir do momento em que a outra parte aceite participar das negociações. O que se destaca aqui é que essa matéria irá ser apreciada, na prática, objetivamente, pelos tribunais. (BASSO, 2002, p. 30)

3.1.4 Da aceitação

A fase de aceitação nos contratos internacionais é bastante similar aos contratos nacionais, contudo deve ser ainda mais precisa, sem equívocos, uma vez que envolve diferentes culturas, onde pequenos equívocos podem ser considerados como grandes problemas para a conclusão do pacto contratual. É o momento em que o aceitante vai manifestar sua vontade positiva em concretizar a negociação e transformá-la em um contrato válido.

A aceitação é ato complementar à proposta, essencial à formação do contrato. É a resposta afirmativa à oferta do proponente, e representa a manifestação de vontade através do qual o destinatário daquela proposta concorda com as condições apresentadas, concluindo a fase de formação do contrato,

impondo-se como a declaração de vontade que consagra o negócio jurídico do qual ela faz parte. (BASSO, 2002, p. 56-57)

A manifestação de vontade nos contratos pode ser expressa ou tácita. Pode ser considerada tácita toda vez que a lei não exigir que seja expressa. Contudo, nos contratos internacionais a aceitação deve ser sempre expressa. Existem, porém, praxes que dispensam aceitação expressa, quando, por exemplo, se tratar de proposta em que o aceitante a altera elaborando uma contra proposta. (VENTURA, 2002, 14-15)

Existem três possibilidades onde, embora tenha ocorrido a aceitação, o contrato não se aperfeiçoa, sendo elas: a) quando há retratação da aceitação, essa retratação deve chegar antes ou junto da aceitação; b) quando o proponente fixou prazo para a aceitação e, embora ela tenha sido feita a tempo, a pessoa que leva a resposta ao proponente, chega depois do prazo, caso em que ele está liberado, porém não se exime de ter que avisar o fato ao aceitante; c) quando o negócio é feito por correspondência, caso que cabem quatro teorias: *Teoria da informação*, onde o negócio só está fechado quando o proponente toma conhecimento do teor da resposta; *Teoria da declaração propriamente dita*, em que basta a redação da carta resposta (esta é a menos aceita); *Teoria da declaração expedição*, em que é necessária a expedição da carta; *Teoria da declaração recepção*, além da expedição, a carta deve ser recebida pelo proponente. (VENTURA, 2002, p. 14-15)

3.1.5 Lugar de celebração do contrato

A definição do lugar de celebração do contrato internacional é de imensa importância. O art. 435 do Código Civil brasileiro determina que, considerar-se-á celebrado o contrato no lugar em que foi proposto, isto é, local de expedição da proposta ou onde ela foi conhecida pelo oblato.

Maria Helena Diniz expõe que, é de enorme importância a determinação do lugar em que é concluído o contrato para o Direito Internacional Privado, pois dele depende tanto a apuração do foro competente, quanto a determinação da lei aplicável ao contrato. Contudo, há contratos que embora celebrados no exterior, se submeterá à lei brasileira. Deveras, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, em seu artigo 9º, §2º, prescreve que a “obrigação

resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente”. Portanto, se o ofertante residir no Brasil e o oblato em país diverso, o negócio irá ser regido pela lei brasileira, sendo a recíproca verdadeira para um contrato proposto por alguém residente em outro país e o solicitado no Brasil, sendo o contrato proposto nesse outro país, por meio de carta, ficará sujeito à lei estrangeira. (2003, p. 91)

3.1.6 *Momento da conclusão do contrato internacional*

O contrato internacional nem sempre se extingue em um momento preciso, como costuma ocorrer nos contratos nacionais. Em muitos casos, o contrato perdura no tempo, em razão de certas obrigações continuarem vinculadas às partes durante um determinado período de tempo, a exemplo da obrigação de manter sigilo ou ainda obrigações que nascem com a extinção do contrato, assim como a de não exercer concorrência no mesmo seguimento de mercado por determinado prazo. (CRETELLA, 2010, p. 338)

De acordo com Ventura (2002, p. 20-22), os contratos podem se extinguir de duas formas: normal ou anormal. A forma normal é por meio da execução, ou seja, do respectivo cumprimento e quitação. A forma anormal, por sua vez, decorrerá de causas supervenientes, anteriores ou contemporâneas à sua formação, extinguindo o pacto sem o respectivo cumprimento, em decorrência de eventual *ineficácia*, *condição resolutiva* ou *direito de arrependimento*. Registre-se, por oportuno, que as causas supervenientes à formação do contrato caracterizam-se pela *resolução*, que se relaciona ao inadimplemento, ou pela *resilição*, traduzida pela extinção do contrato por vontade de uma ou de ambas as partes, nos casos legalmente e contratualmente previstos.

3.2. Regras aplicáveis aos contratos internacionais.

A ordem econômica mundial demanda interação entre os Estados, fazendo com que seja necessária a troca de mercadorias para a movimentação comercial dos países, surgindo daí os conflitos de leis entre eles, pois nem sempre elas serão correspondentes umas com as outras.

Todos os Estados têm competência para elaborar seu próprio ordenamento jurídico de maneira livre, manifestando assim sua soberania, porém disso resulta uma grande diversidade de legislações entre os mais diferentes Estados.

Em todos os sistemas jurídicos existem regras específicas para determinadas situações conectadas a mais de um sistema jurídico, que são chamadas de regras de conexão ou normas indiretas. As regras de conflito, na solução de questões de direito que envolvem um conflito de leis, consistem na designação da lei aplicável. De acordo com Dolinger, essas regras que determinam a lei aplicável podem ser normas classificadas segundo sua fonte, natureza e estrutura. (ARAÚJO, 2009, p. 27)

Nas palavras de Dolinger,

“A fonte da norma pode ser legislativa, doutrinária ou jurisprudencial; ou ainda interna ou internacional, conforme seja criada por órgãos internos de um Estado ou em coordenação com outros Estados por meio de tratados e convenções. Quanto à natureza, é geralmente conflitual, indireta, não solucionadora da questão jurídica em si, mas indicadora do direito interno aplicável, daí ser classificada como sobredireito. Contudo também existem normas substanciais, materiais, diretas. No plano do direito convencional, fonte internacional, as normas são indiretas quando seguem o método conflitual, e diretas, quando adotam regras materiais uniformes. (...) Quanto a sua estrutura, as normas (regras) podem ser unilaterais ou bilaterais”. (DOLINGER, 2008, p. 47)

Não é função do Direito Internacional Privado fornecer a norma material aplicável ao caso concreto e sim designar o ordenamento jurídico no qual a norma aplicável deverá ser requerida. (CORREIA, A. Ferrer, apud ARAÚJO, 2009, p. 28) A sua função não é solucionar o conflito por si só, e sim indicar um

caminho, guiar as partes na definição dos mecanismos solucionadores do conflito.

Embora as partes sejam livres para escolher a lei que irá reger determinado contrato internacional na qual façam parte, não é possível se esquivar totalmente de uma lei nacional aplicável à contratação internacional. Esta lei, que deverá ser indicada pelo Direito Internacional Privado do Estado onde a questão estiver sendo apreciada, deve ter a consideração pelas partes participantes, na posição a ser tomada pelos tribunais envolvidos na questão. (ARAÚJO, 2009, p. 30).

Como as regras de conflito variam de país para país, procura-se a sua harmonização através da criação de normas conflituais internacionais uniformes.

Um contrato somente será considerado válido se estiver de acordo com a lei. O ordenamento jurídico impõe um conjunto de normas a serem utilizadas nas relações contratuais, sendo que as partes devem negociar os contratos dentro de parâmetros legais estritamente definidos.

O estudo do direito brasileiro e sua *praxis* permite uma melhor compreensão acerca dos efeitos, ainda que indiretos, do Direito Internacional Privado brasileiro na Europa e nos países do MERCOSUL, podendo ser utilizado, por exemplo, quando um contrato celebrado na Alemanha for cumprido no Brasil, ou vice versa, havendo cláusula de eleição de foro em país estrangeiro. Também podendo ser aplicado em contrato celebrado entre partes domiciliadas no Brasil e em outro país do MERCOSUL. (ARAÚJO In: RODAS, 2002, p. 197)

A ampla aceitação do princípio da autonomia da vontade pela comunidade jurídica internacional transformou a faculdade das partes em escolher a lei aplicável aos contratos internacionais. Essa faculdade foi acolhida pelas principais convenções internacionais e legislações internas dos mais diferentes países por todo o mundo.

Contudo, ressalta Araújo:

“A liberdade contratual não é ilimitada, mesmo nos países que a permitem de forma ampla, havendo unanimidade quanto à existência de limites. É preciso estudar a cláusula de lei aplicável, em conjunto com a cláusula de eleição de foro e a cláusula arbitral, sem descuidar, no caso brasileiro, das questões relativas à competência internacional da justiça brasileira”. (ARAÚJO In: RODAS, 2002, p. 198)

Embora a regra seja a da *liberdade das convenções*, respeitando seus limites, os particulares podem estabelecer a regulamentação contratual da melhor forma possível para representar seus interesses privados. Porém, há exceções, pois existem disposições imperativas e, além disso, a liberdade de pactuar nunca será absoluta, mas condicionada tanto pelo tempo, quanto pela própria natureza das estipulações que devem ser lícitas e adequadas a cada tipo de contrato a ser criado. (CRETELLA, 2010, p. 236)

Antes de escolher a lei aplicável ao contrato internacional as partes deverão se certificar que aquela é a melhor lei para atender seus objetivos. Além disso, devem cultivar confiança mútua, no decorrer das negociações, guiando-se por componentes culturais e psicológicos, que irão influenciar os negociadores em sua escolha. Duas são as hipóteses concretas: ou o contrato é omissivo quanto a indicação do Direito aplicável, ou as partes, com base na autonomia da Vontade, escolhem a norma que melhor lhes convier. (CRETELLA, 2010, p. 242)

Os contratos que não possuem uma cláusula que indique a lei aplicável sujeitam-se necessariamente, às regras de conexão do Direito Internacional Privado, vigentes nos ordenamentos jurídicos passíveis de vinculação com a relação jurídica estabelecida. Normalmente, opta-se por uma única lei aplicável para reger o contrato, porém existe a possibilidade de haver mais de uma (*dépeçage*), desde que a lei escolhida não vá contra a ordem pública e nem vá de encontro com normas imperativas. (CRETELLA, 2010, p. 243)

O fenômeno do *dépeçage*, ou fracionamento, é um mecanismo pelo qual um contrato ou uma instituição é dividida em diferentes partes que serão submetidas a diferentes leis. Sendo assim, pode ser utilizada mais de uma regra de conexão para tratar de cada aspecto diferente. Decompondo-se assim o contrato em várias partes, para aplicar a cada uma delas, a lei pertinente. (ARAÚJO, 2009, p. 207)

Cretella (2010, p. 243) complementa expondo que, “quando diferentes aspectos ou cláusulas de um contrato internacional são disciplinados por diferentes leis, temos o fenômeno da *dépeçage*, palavra que, etimologicamente, deriva do francês *dépecer* (= desmembrar)”. Porém na prática não é comum que um contrato seja disciplinado por mais de um sistema jurídico.

Não se pode confundir a liberdade das partes de escolher o foro, com a liberdade de escolher a lei aplicável, sendo a primeira permitida no Brasil e a segunda não. A jurisprudência não esclarece esses conceitos, tratando a liberdade de eleição de foro como autonomia da vontade enquanto não a permite, por considerá-la em desacordo com as regras de competência internacional. Concluindo-se que estas últimas são normas imperativas fazendo com que as normas de eleição de foro percam validade, de acordo com a jurisprudência. (ARAÚJO, 2002, p. 199-200)

A escolha da lei aplicável (*choice of Law*), a designação do foro (*jurisdiction; forum selection*) e medidas compensatórias ou indenizatórias (*remedies*) devem ser tratadas e acordadas com precisão pelos negociadores, para evitar os riscos futuros, mediante a fixação antecipada de seus direitos e obrigações, bem como a opção por métodos para solucionar eventuais litígios. (SHIPPEY, Carla. apud CRETELLA, 2010, p. 244)

Sendo assim é de imensa importância observar os detalhes minuciosos que envolvem a contratação internacional, pois as diferenças de legislações podem resultar em equívocos que podem dificultar a resolução da negociação ou até mesmo invalidar o pacto contratual. Agora segue a exposição de alguns conceitos importantes sobre o assunto.

3.2.1 *Jurisdição*

É de grande importância expor o conceito de Jurisdição para melhor compreender as regras contratuais internacionais. Neste sentido, Fux (2005, p. 22) leciona que:

“(...) jurisdição é exercício de soberania e esta regula-se pela lei do Estado que a engendra. A função jurisdicional deve ser prestada segundo os cânones do país judicante. A *territorialidade*, portanto, é a regra em matéria de jurisdição, ação e processo. No primeiro aspecto, a lei brasileira faz concessões para admitir uma “competência internacional concorrente” para algumas causas, mas, mesmo assim, não reconhece a litispendência (artigos 88 e 90 do CPC)”.

Neste mesmo sentido, Araújo (2008, p. 222) complementa ensinando que:

“A jurisdição é um dos elementos da soberania do Estado, e só a este compete determiná-la. No Brasil, é regulada pela Constituição. No plano internacional constitui princípio assente que ao Estado, na esfera de sua jurisdição, cabe determinar a competência dos tribunais, assim como sua organização, as formas de processo, a execução das sentenças e os recursos contra as suas decisões”.

Sendo assim, percebe-se que a jurisdição está diretamente ligada ao exercício da soberania estatal, invariavelmente, nos casos em que a parte procure solucionar um conflito, em decorrência do não cumprimento de uma cláusula contratual, fazendo uso da lei brasileira, essa será aplicável na situação de conflito em detrimento de qualquer outra. É importante ainda esclarecer que, para invocar a jurisdição estatal é necessário definir o foro competente para apreciar e julgar o conflito decorrente do contrato internacional. (BREVIGLIERI, Etieni. e SOARES, Denis, 2012, p. 10)

Tanto a lei aplicável quanto o foro competente podem ser colocados na mesma cláusula do contrato internacional ou em cláusulas separadas. Quando ambas as partes envolvidas na contratação são sediadas em países que adotam o *Common Law* a tendência é a inclusão dos dois itens na mesma cláusula (*Governing Law and Jurisdiction*). Já nos países de tradição do Direito romano-germânico, é mais comum apresentarem as cláusulas separadamente. Porém, o fato de estarem ou não juntas não altera o resultado da escolha das partes. (CRETELLA, 2010, p. 255)

As partes têm a opção de escolher tanto a lei do Estado de origem dos contratantes envolvidos, ou ainda a lei de um terceiro Estado na qual o sistema normativo do contrato pode ser vinculado, como também podem escolher as regras de uma Convenção Internacional para regerem o pacto, como a Convenção de Roma, de 1980, ou ainda os Princípios do UNIDROIT, de 2004. (CRETELLA, 2010, p. 255)

Considerando que um contrato internacional pode conter vários elementos de estraneidade, cada legislador nacional pode adotar critérios distintos para uma mesma situação fática, pois inexiste um critério técnico, jurídico universal.

Existem vários critérios que levam em consideração a conveniência e oportunidade para o legislador. Esses pontos de conexão, no Direito Internacional Privado, tem mera função indicativa que deve conduzir o interprete da lei ao direito aplicável. (CRETELLA, 2010, p. 256)

Na contratação internacional o processo é muito mais complexo do que no âmbito interno. Em função dos termos do contrato e das obrigações assumidas, é possível encontrar a situação em que nenhuma das legislações dos Estados de origem das partes será aplicável. E as dificuldades práticas encontradas evidenciam que o método clássico do Direito Internacional Privado de, solucionar os conflitos de leis mediante a remissão a determinado ordenamento jurídico interno, encontra-se obsoleto. Métodos que remetem o intérprete a convenções internacionais, ou ainda os que empregam técnicas de Direito Comparado, são muito mais adequados e eficazes para a resolução dessas problemáticas. (CRETELLA, 2010, p. 257-258)

3.2.2 *Relação entre foro e lei*

A escolha do foro para resolver litígios quando se trata de contratos internacionais consiste em selecionar o órgão jurisdicional apropriado para resolver a controvérsia. Não diz respeito às normas que disciplinam o conteúdo material da relação jurídica e sim a competência, que diz respeito a matéria de Direito Processual Internacional. (CRETELLA, 2010, p. 271)

Existem duas liberdades essenciais nos pactos internacionais: a de escolher o foro na qual as partes se submeterão para resolver eventuais conflitos resultados da contratação; e a de escolher a lei aplicável. (DELAUME, 1979, apud CRETELLA, 2010, p. 271) Cretella acrescenta que, a primeira liberdade é de cunho processual, decorrente do concurso de vontade das partes, e consiste em escolher determinado órgão jurisdicional para resolução de possíveis litígios, e não modificar a competência dos tribunais. A segunda liberdade é essencialmente de direito material, onde a relação jurídica criada entre as partes, atendendo a autonomia da vontade e respeitando suas limitações, depende do ordenamento jurídico onde o contrato estiver mais estreitamente ligado.

A cláusula de eleição de foro não se confunde com a de lei aplicável, pois, a primeira tem implicação exclusivamente contratual, onde as partes assumem

o compromisso de se submeterem a determinado órgão jurisdicional para eventuais resoluções de conflitos advindos do contrato. Já a cláusula de eleição de lei é de direito material, em que as partes exercem a liberdade contratual e a autonomia da vontade designando a lei aplicável ao negócio jurídico. (ARAÚJO, 2008, p. 381)

Pode acontecer a possibilidade de as partes indicarem apenas o foro, e caso surja algum litígio, o juiz irá verificar se o foro do país eleito pelas partes é o mesmo em que exerce sua jurisdição, se não for, rejeitará a demanda. Caso seja, tenderá a aplicar a *lex fori*, porém essa pode não ser a lei adequada para o contrato. O juiz deverá ainda indicar o critério que utilizou para determinar a lei aplicável, segundo a *lex fori*, que deverá indicar o local onde se formou o contrato ou o lugar em que este se concluiu. No caso do Brasil, o juiz não aplicará de imediato a lei estrangeira, e sim irá recorrer à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, para determinar a lei aplicável. (CRETELLA, 2010, p. 272)

Pode-se ainda acontecer um fato raro na contratação internacional, onde as partes não indicam nem o foro e nem mesmo a lei aplicável. Nesse caso ficará a critério do intérprete, juiz ou arbitro que realizará trabalho minucioso, começando pela questão de que aceita ou não a própria competência para julgar a contenda. Caso aceite irá aplicar os critérios de Direito Internacional Privado, no qual esteja vinculado, para identificar a lei aplicável, já que esse campo jurídico se dedica a indicar as normas legais incidentes para o caso e não apreciar o mérito da questão. (CRETELLA, 2010, p. 212)

A regra geral é que “*é competente a autoridade judiciária brasileira, quando for o réu domiciliado no Brasil ou aqui tiver de ser cumprida a obrigação*”. (art. 12 da LINDB) Porém, as partes podem eleger o foro competente para dirimir as questões que, porventura, venham a ser levantadas nos contratos internacionais. (VENTURA, 2002, p. 26)

De acordo com Olívia Cerdoura G. Baptista,

“A eleição da lei de regência não pode ser confundida com a determinação de foro competente. A primeira diz respeito à opção por um ordenamento jurídico para a regência das relações condensadas em um contrato, dentre os ordenamentos jurídicos apontados pelos elementos de conexão. A segunda implica a escolha de um órgão ou um conjunto de órgãos jurisdicionais

responsáveis pela análise de eventuais conflitos oriundos do contrato internacional”. (Baptista, 2006, p. 135)

As partes podem optar pela lei de regência de um determinado país e eleger como foro competente o foro de um outro país. Porém, cumpre destacar que o artigo 88 do Código de Processo Civil trata das hipóteses de competência concorrente, e o art. 89 das hipóteses de competência absoluta. (Baptista, 2006, p. 135)

Preconiza os referidos artigos,

“Art. 88. É competente a autoridade judiciária brasileira quando:

I- o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil;

II- no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação;

III- a ação se originar de fato ocorrido ou de ato praticado no Brasil.

Parágrafo único. Para o fim do disposto no nº I, reputa-se domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que aqui tiver agência, filial ou sucursal.

Art. 89. Compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra:

I- conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil;

II- proceder a inventário e partilha de bens, situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja estrangeiro e tenha residido fora do território nacional.”

Contudo a aplicação da lei estrangeira encontra limites dentro da legislação brasileira. Nesse sentido, cabe mencionar o art. 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que vai dizer que *“As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.”*

Embora o Direito Internacional Privado tenha como regra que a competência jurisdicional deve obedecer à *lex fori*, a questão relativa à autonomia da vontade na eleição de foro no Brasil é extremamente controversa. Como a nossa legislação admite a liberdade para escolher o foro, a cláusula de eleição de foro nos contratos internacionais tem sido aceita pela doutrina, e tem sido considerada válida tendo em vista a Súmula 335 do STF que dispõe: *“é válida a cláusula de eleição de foro para os processos oriundos de contratos”*. (MARTINS, 2008, p. 85)

Porém, embora haja enquadramento sumular, na aplicação jurisprudencial, os arestos vem remetendo sistematicamente ao artigo 12 da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro e do artigo 88 do CPC c/c com o artigo 9º da LINDB e vem considerando inválidas as cláusulas de eleição de foro estrangeiro nos contratos internacionais. (MARTINS, 2008, p. 85)

3.2.3 *Legislação aplicável no direito brasileiro*

A legislação atual brasileira não reconhece expressamente o princípio da autonomia da vontade das partes quanto à escolha da lei aplicável aos contratos internacionais. A exceção a essa regra é encontrada na Lei de Arbitragem Brasileira, lei nº 9.307 de 1996, que permite às partes optar pela arbitragem como mecanismo de solução de controvérsias em seus contratos. Sendo que nesse instituto, encontrando apoio no princípio da autonomia da vontade, a partes podem indicar a forma pela qual um litígio deve ser julgado, com base em qual norma. (CRETELLA, 2010, p. 250)

Existem várias posições, entre os mais diversos países, de como eles tratam o princípio da autonomia da vontade nos contratos internacionais, com relação à escolha da lei aplicável. Há países que aceitam amplamente esse princípio, enquanto outros limitam sua aplicação, exigindo que a lei tenha algum vínculo com as partes, ou com o negócio jurídico em si. (CRETELLA, 2010, p. 250-251)

No Brasil, quando as partes não escolherem a lei que irá reger o contrato internacional, deve-se recorrer às normas internas de Direito Internacional Privado, para orientar-se em relação à aplicação da lei de regência das obrigações internacionais, mais especificamente, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Com relação à LINDB, Cretella acrescenta,

“O caput do art. 9º da LICC determina que “para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem” (*lex loci celebrationis*). Assim no caso do contrato internacional celebrado entre partes *presentes*, prevalecerá a lei do Estado no qual tiver sido celebrado. Já no caso de contrato internacional celebrado entre partes *ausentes*, a lei aplicável será, nos termos do §2º do art. 9º, a lei do Estado de domicílio do ofertante: “A obrigação resultante do

contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente”. Essa estipulação é especialmente importante no mundo contemporâneo, vez que os contratos estão cada vez mais sendo concluídos por fax ou *e-mail*. Desta forma, mesmo que as partes não se manifestem explicitamente sobre a lei que deva disciplinar as respectivas obrigações contratuais, há como determinar com precisão qual será a lei aplicável ao contrato internacional em questão”. (CRETELLA, 2010, p. 251)

Sendo assim, percebe-se que mesmo sem uma cláusula de arbitragem é possível regular um contrato internacional pela lei Brasileira, porém essa lei não será de livre escolha das partes, essas terão que recorrer à Lei de Introdução as Normas de Direito Brasileiro, que hoje, dispõe expressamente sobre contratos internacionais envolvendo partes e objetos brasileiros.

A legislação brasileira não reconhece expressamente o princípio da autonomia da vontade das partes na escolha da lei aplicável aos contratos internacionais. A regra do Direito Internacional Privado Brasileiro, no que diz respeito aos contratos, em geral, diz que as obrigações serão qualificadas e regidas pela lei do país no qual se constituírem, conforme versa o artigo 9º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto – lei nº 4.657/42). Efetivamente, a aplicação da lei de regência das obrigações internacionais se subordina, no Brasil, ao artigo 9º da LICC (LINDB). (MARTINS, 2008, p. 82)

O art. 9º da LICC (LINDB) vai dizer,

“Art. 9º - Para qualificar e reger as obrigações aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.

§ 1º - Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos.

§ 2º - A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente”.

No Brasil, a regra de conexão utilizada para os contratos internacionais é a *lex loci contractus*, conforme o artigo 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, da qual não se extrai a permissão à teoria da autonomia da vontade, antes aceita na Introdução ao Código Civil de 1917. O artigo 9º é referido nos Tribunais quando há necessidade de determinar a lei aplicável aos

contratos internacionais, pois é a regra de conexão por excelência da lei brasileira. (ARAÚJO, 2009, p. 270-273)

No entanto, apesar da suposta aceitação da autonomia da vontade, pela linguagem do artigo 13, a jurisprudência sobre sua aplicação, como também do atual art. 9º da Lei de Introdução, é muito escassa, sendo que analisando-se cuidadosamente a jurisprudência, conclui-se que a questão jamais foi enfrentada diretamente. A discussão acerca da possibilidade de utilização da autonomia ocorreu poucas vezes, e foi decidida sempre em prol da interpretação literal do art. 9º, pela sua não utilização. (ARAÚJO, 2009, p. 271-272)

Apesar de a regra geral brasileira ser a *lex loci contractus*, ou seja, local da constituição do contrato, a regra relativa à execução tem prevalecido em nossa jurisprudência, a partir da interpretação de que à lei do local da constituição somam-se as exigências da lei do local de sua execução. Pelo fato de serem mais comuns os litígios em razão do contrato no local de sua execução, por ser este quase sempre o lugar onde o devedor é domiciliado, possui bens e estabelecimento comercial, podendo mais facilmente honrar seus compromissos, a lei brasileira é invariavelmente aplicável. (ARAÚJO, 2009, p. 273)

É de suma importância também, definir quem é o proponente no contrato internacional, pois, na ausência de informações sobre o local de constituição do contrato, ou quando se tratar de contrato entre ausentes aplicar-se-á o artigo 9º, parágrafo 2º, ou seja, a lei do país em que residir o proponente. Sendo que as questões relativas às regras qualificadoras são sempre regidas pela lei local, ou seja, será utilizado o direito brasileiro para determinar o proponente. (ARAÚJO, 2009, p. 276)

A cláusula de eleição de foro gera incertezas na contratação internacional, e são essas incertezas que levam as partes a recorrerem a cláusulas compromissórias de arbitragem. Contudo, o ideal seria se o Brasil adotasse a Autonomia da Vontade em sua legislação relativa à contratação internacional. Encontra-se em trâmite o Projeto de lei nº 4.095/95 que busca substituir a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e adotar o princípio da autonomia da vontade e o PL 269/2004 que também consagra a autonomia da vontade. Vale ressaltar ainda o PL nº 243/2002, que embora não adote a autonomia da vontade,

propõe significantes mudanças em relação às regras de DIP. (MARTINS, 2008, p. 83)

3.2.4 Arbitragem

Como já visto até o momento, nos contratos privados, especialmente os internacionais, é possível que as partes introduzam cláusulas contratuais que lhes possibilite a escolha da lei aplicável. As partes também podem estipular contratualmente se eventuais disputas oriundas da relação contratual serão dirimidas perante a jurisdição estatal ou se serão resolvidas extrajudicialmente. E a arbitragem encontra-se como método alternativo de solução de controvérsias. (MOTTA, 2010, p. 99)

Como sistema de resolução de controversas, a arbitragem engloba desde pequenos litígios pessoais até grandes disputas empresariais ou estatais, em todos os planos do Direito que não estejam expressamente excluídos da legislação. Ela é instância jurisdicional, praticada em função de um regime contratualmente estabelecido, para solucionar problemas entre pessoas de direito privado e/ou público, tendo procedimentos singulares, e força executória perante tribunais estatais. (STRENGER, 2003, p. 232-233)

A arbitragem é hoje um dos mais bem sucedidos meios de resolução de conflito no Direito Internacional Privado, senão o mais bem sucedido. Com os avanços do Direito Internacional Privado em busca de meios não relacionados a uma Jurisdição Estatal para solucionar contendas, a arbitragem se encontra como um dos meios mais seguros a serem utilizados pelas partes, uma vez que, a maioria dos países aceitam a sentença arbitral sem que haja interferência do judiciário, homologando, assim suas decisões sem contesta-las.

Segundo Motta,

“A homologação de sentença estrangeira é um instrumento de cooperação jurídica internacional, pelo qual a eficácia da decisão proferida no exterior é submetida a ato formal de órgão nacional. (...) Por força da EC n. 45, de 2004, a matéria passou a reger-se pelo art. 105, I, i, da CF/88, estabelecendo a competência originária do STJ para homologar sentenças estrangeiras e conceder o *exequatur*, (...) afastando a antiga competência do STF para tal. (...)”. (2010, p. 99)

Para que cumpra seus efeitos a sentença advinda do uso da arbitragem internacional no Brasil, tem que ser homologada pelo STJ. É a partir dessa homologação que vai se proceder com o cumprimento das obrigações advindas do laudo arbitral. Motta acrescenta que, o principal efeito da homologação da sentença estrangeira é que ela vai se tornar um título executivo judicial, autorizando assim a sua execução perante os tribunais federais brasileiros. (2010, p. 101)

A Lei nº 9.307 de 1996, referente ao uso da arbitragem foi um grande avanço no Brasil em relação à aceitação da possibilidade de livre escolha da lei aplicável a uma contratação internacional no juízo arbitral. É considerada uma escolha segura e previsível para os litigantes uma vez que o STF já admitiu a constitucionalidade do afastamento do Poder Judiciário nessa circunstância, incluindo, inclusive, os contratos realizados anteriormente à vigência da lei. (ARAÚJO, 2009, p. 356)

A Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI), fundada em 1923, tem como objetivo “supervisionar” e “administrar” as arbitragens assegurando o bom andamento dos litígios submetidos ao Regulamento de Conciliação e de Arbitragem da CCI. Esse regulamento não restringe a liberdade das partes de eleger o direito aplicável, o lugar e o idioma do procedimento arbitral. (ENGELBERG, 1997, p. 54.)

Tanto nos contratos internacionais como nos nacionais, a adesão à arbitragem é formalizada através da *convenção de arbitragem*. Essa convenção é autônoma em relação ao contrato de que faz parte, e só pode ser revogada com o mútuo consentimento dos contratantes. Portanto, ela é válida e independente do contrato na qual está inserida ou aquele da qual se refere, uma vez que pode ser firmada em separado. (CRETELLA, 2010, p. 375)

A arbitragem pode ser convencionada de duas formas: através da cláusula compromissória e do compromisso arbitral. A primeira, inserida no contrato principal ou documento separado que a ela se refira, é a convenção através da qual as partes comprometem-se a se submeterem à arbitragem no caso de futuros conflitos advindos do pacto contratual. Já o segundo, é quando as partes submentem um litígio específico à arbitragem. É um contrato em separado, contendo a nomeação de árbitros ou arbitro visando resolver litígios presentes, indicando o

exato objeto da controvérsia e os limites da *res judicata* arbitral. (ENGELBERG, 1997, p. 56)

No Brasil, a Lei de Arbitragem brasileira (Lei nº 9.307, de 1996) expõe que:

“Art. 3º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante a convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

Art. 9º O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial”.

O árbitro escolhido pelas partes, caso aceite a proposta, deverá analisar as questões que envolvem a arbitragem, como a validade e a eficácia da convenção de arbitragem, e declarar sua competência para apreciar o litígio. O poder de apreciar a própria aptidão para apreciar a demanda decorre do princípio da *Kompetenz-kompetenz* (competência da competência) e pode ser feito de ofício a pedido das partes. (CRETELLA, 2010, p. 375) Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes. E esses deverão estar sempre em número ímpar. (ENGELBERG, 1997, p. 57)

No início do procedimento arbitral, o árbitro tentará a conciliação das partes. A conciliação é usada como método de aproximação das partes, visando a autocomposição para a solução do conflito. Já a arbitragem é heterocompositiva, uma vez que depende da sentença arbitral dada pelo árbitro. A sentença arbitral produz os mesmos efeitos da sentença proferida pelo Poder Judiciário, e sendo condenatória constitui título executivo. (ENGELBERG, 1997, p. 58)

Sendo assim, a arbitragem é reconhecida hoje como um dos métodos alternativos mais eficientes para resolução de conflitos, sob tudo contratuais, e é amplamente aceita pelos ordenamentos jurídicos, incluindo o brasileiro que hoje homologa plenamente as sentenças advindas desse tipo de método de resolução de controvérsias. É extremamente importante, ainda mais quando as partes desejam utilizar métodos como os Princípios do UNIDROIT para

os contratos internacionais, que no nosso ordenamento jurídico, depende de uma cláusula arbitral.

3.2.5 *Lex mercatoria.*

Nos últimos anos vem aumentando significativamente a tendência da criação de um direito uniforme, de âmbito internacional, para as negociações comerciais. Isso se dá em razão da dificuldade de determinar as regras de conflitos de leis nos contratos internacionais, razão pela qual vem ocorrendo um renascimento da *lex mercatoria*.

Frequentemente os usos e costumes do comércio internacional vêm sendo agrupados a outros dois conceitos relativamente imprecisos, o de *lex mercatória* e o de princípios gerais do Direito. (CRETELLA, 2010, p. 179)

A chamada *lex mercatoria* tem origem na Idade Média, onde as fronteiras não eram precisamente delimitadas na Europa, e para fugir das jurisdições nada confiáveis e instáveis dos senhores feudais, os comerciantes criaram, entre si, um *corpus* de normas, para aplicarem às suas transações comerciais. Essas normas eram respeitadas por todos, um *ius marcatorum*, que era baseada em grande parte nos usos e costumes dos comerciantes, era entre eles aplicada, que surgiu como uma espécie de resposta à regulamentação jurídica do sistema feudal. Ela caiu em desuso na época das grandes codificações, a partir do código Napoleônico, de 1804, porém, ressurgiu modernamente pretendendo um poder normativo independente do Direito positivo estatal, e que responde melhor às exigências da atual economia globalizada. (CRETELLA, 2010, p. 180)

Embora existam outros movimentos tendentes à homogeneização das práticas comerciais e suas legislações, existe ainda uma pretensão mais generalizada, por parte da comunidade internacional de negócios, que busca a harmonização “ecumênica” das leis e das praxes legais comerciais. Esse movimento, que possui caráter supranacional, proporciona normas supletivas, fora dos padrões clássicos dos direitos nacionais, para a execução, interpretação e resolução de conflitos advindos de contratos internacionais, em face da crescente insuficiência do direito interno dos países para atender as exigências do comércio internacional. (GARCEZ, 1994, p. 20)

A proposta doutrinária da *lex mercatoria*, como nova fonte do comércio internacional, tem como uma de suas metas a substituição dos direitos estatais, que geralmente não são próprios para a organização do comércio internacional e a resolução de seus conflitos, criando um direito corporativo e *a-nacional*, que teria como um de seus objetivos principais a regulamentação dos contratos com autonomia às ordens jurídicas das partes envolvidas. (MELO, 2000, p. 37)

A nova *lex mercatoria* propõe, dentro do contexto atual das empresas, uma ordem normativa de regulação dos problemas dos comerciantes internacionais, contando com normas substantivas e também mecanismos de adjudicação de litígios que se desenvolvem juntamente com aqueles que estão consolidados no âmbito judiciário estatal. Esse direito especial dos comerciantes internacionais (*New Law Merchant*) parte de dois pilares essenciais: um substrato material composto pelos usos e costumes, contratos-tipo, cláusulas gerais de contratação internacional, e um substrato contencioso, que se caracteriza por mecanismos ou instâncias de solução e autointegração de litígios transnacionais e de sanção, que vinculam as partes envolvidas. (BASSO, 2011, p. 107)

Existem doutrinadores que argumentam o surgimento de uma nova *lex mercatoria*, que construiria um direito material baseado no contrato internacional econômico, e com a diversidade de contratos que fogem à competência do direito interno e a complexidade de que se reverte a harmonização das regras de conflito, ainda são grandes os obstáculos para a concretização de tal direito. Estes necessitam ainda de uma maior colaboração entre os Estados, para proporcionar assim uma uniformização completa das regras dos conflitos de leis. (MELO, 2000, p. 38)

Sendo assim, a *lex mercatória*, para melhor entendimento, deve ser considerada como um *corpus* de normas não estatais, aplicadas pela comunidade comercial internacional, determinada por uma base variada de fontes, formada pelos princípios gerais do Direito, pelos usos e costumes do comércio internacional, pelas normas produzidas por organizações internacionais e entidades privadas, porém, sempre vinculada a algum ordenamento jurídico que a aplique. (CRETTELA, 2010, 186)

3.3. Princípios do UNIDROIT

Nessa senda, na tentativa de solucionar possíveis divergências e contendas, surgem os Princípios do UNIDROIT, aplicáveis aos contratos internacionais, em que se propõem como medida conciliadora, a unificação e uniformização de regras a serem aplicadas ao pacto contratual, com um caráter de neutralidade e eficiência.

A diversidade das leis nacionais no campo obrigacional tem sido considerada como um dos grandes obstáculos ao pleno funcionamento do comércio internacional. Por isso, a uniformização das regras de conflitos é considerada uma tarefa mais viável do que a uniformização de todo o direito contratual dos países, tema que esta ainda muito distante de se concretizar. (ARAÚJO, 2004, p. 133-134)

Uniformizar as regras próprias para os contratos internacionais é considerado mais possível do que a uniformização do direito contratual internacional em si, vez que, como já dito antes, a grande variedade de leis, costumes, culturas e etc., dos mais diferentes países torna, em curto prazo, impossível o alcance de um direito único para os pactos internacionais. As iniciativas, como as do UNIDROIT, são um grande passo para futuramente chegar a esse consenso de leis.

“O Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT) é uma organização intergovernamental independente, com sede em Roma. Seu objetivo é estudar as necessidades e métodos para modernização, harmonização e coordenação do direito privado e em direito comercial especialmente entre os Estados e grupos de Estados e formular instrumentos jurídicos uniformes, princípios e regras para alcançar estes objetivos. Foi criado em 1926 como um órgão auxiliar da Liga das Nações, o Instituto foi, após o fim da Liga, reformulado em 1940 com base em um acordo multilateral, denominado Estatuto Orgânico do UNIDROIT. É composto de Estados que aderiram seu Estatuto orgânico, seus 63 membros são provenientes dos cinco continentes e representam uma variedade de diferentes sistemas jurídicos, econômicos e políticos, bem como diferentes contextos culturais. O Instituto é financiado por contribuições anuais de seus Estados membros que são fixados pela Assembleia Geral, além de uma contribuição básica anual do Governo italiano”. (UNIDROIT, 2012)²

² Tradução livre.

O UNIDROIT iniciou na década de setenta, estudos para um projeto sobre “Princípios para os Contratos Comerciais Internacionais”, finalizados em 1994. Adotaram o princípio da autonomia da vontade, especialmente porque dependem exclusivamente da escolha das partes para serem utilizados como lei aplicável aos contratos internacionais. Porém, é importante ressaltar que a escolha dos princípios como lei aplicável deve ser combinada com uma cláusula arbitral, pois a autonomia das partes normalmente está adstrita a escolher uma lei nacional para reger o contrato. Não se tratando de um tribunal arbitral, a referência aos Princípios como lei aplicável pode não ser aceita pelo tribunal nacional, que utilizaria suas próprias regras de conexão. (ARAÚJO, 2004, p. 150-152)

No Brasil, onde a autonomia da vontade não é plenamente aceita, é importante a presença da cláusula arbitral no contrato para que se possa fazer uso dos Princípios do UNIDROIT para reger o pacto contratual, uma vez que não há aceitação pelos tribunais, na substituição da legislação do país, unicamente por regras uniformes, mesmo tendo o Brasil aderido a esses princípios.

O UNIDROIT foi reconhecido pelo Brasil, como organização internacional voltada para a unificação do direito privado, dois anos após sua criação. Sua independência em relação às outras organizações internacionais com atribuições semelhantes, assim como sua *expertise* e neutralidade em relação a esses demais órgãos, faz com que ele consiga adotar métodos de trabalho mais neutros, sem influências “político-diplomáticas”. (GAMA Jr., 2006, p. 202)

Sendo assim, como esta instituição tem um caráter mais independente e neutro, permite que ela tome decisões sem influências políticas ou diplomáticas. Vai propor a uniformização das leis referentes aos contratos internacionais, para assim tentar diminuir ou até mesmo eliminar os conflitos existentes na hora de se realizar uma transação internacional.

“O UNIDROIT possui uma estrutura, essencialmente, dividida em três níveis, composta por uma Secretaria, um Conselho e uma Assembleia Geral. A *Secretaria* é o órgão executivo responsável pela realização de seu programa de trabalho diário. É dirigida por um Secretário-Geral nomeado pelo Conselho do BCE (Banco Central Europeu) na nomeação do presidente do Instituto. O secretário-geral é assistido por uma equipe de funcionários internacionais e pessoal de apoio. O *Conselho do BCE* supervisiona todos os aspectos

políticos dos meios pelos quais os objetivos estatutários do Instituto serão alcançados e em particular a maneira pela qual a Secretaria realiza o programa de trabalho elaborado pelo Conselho. É composto de um membro “*ex officio*”, o presidente do Instituto, e 25 membros eleitos, em sua maioria juízes, profissionais da área, acadêmicos e funcionários públicos. A *Assembleia Geral* é o órgão decisório supremo do UNIDROIT: vota o orçamento do Instituto a cada ano, aprova o Programa de Trabalho a cada três anos, e elege o Conselho de Administração a cada cinco anos. É composta por um representante de cada Governo membro. A Presidência da Assembleia Geral é realizada de maneira rotativa e por um ano é exercida pelo embaixador de um dos Estados membros da Organização”. (UNIDROIT, 2012)³

Embora seja dedicado a questões de direito privado, o Instituto também realiza incursões no direito público, quando a matéria versada atinge tanto o direito público quanto privado. Sendo assim, no âmbito da política de elaboração das normas do UNIDROIT, a expressão direito privado deve ser entendida em sentido amplo. O Instituto se concentra na elaboração de um direito uniforme composto de normas substantivas, materiais, e, incidentalmente contempla normas conflituais. (GAMA Jr., 2006, p. 203)

Na escolha dos temas a serem uniformizados o Instituto leva em consideração não somente o caráter transnacional das transações, mas também a possibilidade de criar soluções harmonizadas e que sejam amplamente aceitáveis pelos Estados, caso queiram aplicar essas regras em disputas de âmbito interno e não somente internacional. (GAMA Jr, 2006, p. 203-204)

Quanto ao método, as regras uniformes elaboradas pelo UNIDROIT têm tomado a forma de convenções internacionais multilaterais, tendo em vista a origem intergovernamental do Instituto, destinadas a serem aplicadas automaticamente em detrimento de lei interna de um Estado. Essas convenções tem caráter vinculante e necessitam de incorporação formal no ordenamento jurídico de cada país signatário. No entanto, formas alternativas de unificação têm se tornado cada vez mais comuns em áreas onde um instrumento vinculativo não é tido como essencial, tendo em vista as dificuldades de incorporação de fato nos ordenamentos dos países. Essas alternativas podem incluir leis modelo que os Estados podem tomar em consideração na elaboração da legislação nacional ou princípios gerais

³ Tradução livre.

que os juízes, árbitros e as partes contratantes dirigidas sejam livres para decidir se querem usar ou não. Quando um assunto não é considerado maduro para ser objeto de regras uniformes, surge como alternativa a elaboração de guias legais, normalmente em novas técnicas de negócios ou tipos de operação ou sobre o quadro para a organização dos mercados tanto no nível interno quanto internacional. De um modo geral, soluções "*hard law*" (Convenções, por exemplo) são necessárias onde o alcance das regras propostas transcende as relações puramente contratuais e onde terceiros ou interesses públicos estão em jogo, como é o caso do direito de propriedade. (UNIDROIT, 2012)⁴

Os Princípios do UNIDROIT revelam uma tendência pós-positivista de descodificação e da americanização do direito privado internacional. Isso porque não identifica *direito* com *direito estatal*, reconhecendo a normatividade dos princípios gerais sobre contratos, porém abandonando a fórmula de convenções e tratados internacionais que exigem ratificação para ter força de norma jurídica. São resultados do diálogo de várias fontes, refletindo a descodificação do direito privado, contendo fragmentos do direito obrigacional. Não representa a criação de um código com pretensões totalizantes, e sim integram um microcosmo constituído por agentes e relações especificamente internacionais, de onde se começa a surgir um microsistema jurídico denominado direito do comércio internacional. Representam ainda uma tendência à americanização do direito privado internacional, pois foi inspirada em elementos da cultura jurídica norte-americana. (GAMA, Jr, 2006, p. 206-207)

Gama Júnior expõe ainda,

“O objetivo básico dos Princípios é responder às atuais deficiências do direito do comércio internacional. Dentre elas, identifica-se o fato de as transações transfronteiriças sujeitarem-se, em grande parte, a leis nacionais, de conteúdo variável e frequentemente inadaptadas às peculiaridades do comércio internacional. Sobressaem, igualmente, as incertezas e inconveniências das soluções alcançadas mediante a utilização de normas conflituais – via de regra, nacionais – de direito internacional privado, destinadas à determinação do sistema jurídico aplicável à relação internacional”. (2006, p. 213-214)

⁴ Tradução livre.

O autor complementa ainda ao dizer que, as soluções propostas pelas convenções internacionais de direito uniforme também deixam a desejar. Pois, as normas e contratos padrão elaborados por organizações profissionais, não satisfazem plenamente aos interesses do comércio internacional, em razão da natureza unilateral desses mecanismos. Os contratos internacionais exigem um maior grau de previsibilidade e certeza. E é por isso que, funcionalmente, os princípios do UNIDROIT tendem a remediar inúmeras deficiências presentes na regulação do comércio internacional. (BONELL, M. J, 1995, p. 1124-1126, apud GAMA, Jr, 2006, p. 214).

No tocante ao princípio da autonomia da vontade, podemos dizer que está diretamente relacionado com a liberdade de contratar, segundo Gama Júnior, tendo em vista o caráter transnacional dos Princípios, sua efetiva aplicação decorre, com frequência da escolha das partes dirigida para esse fim, e que se manifesta através do princípio da autonomia da vontade, vigente em matéria contratual. A liberdade de contratar constitui um dos pilares jurídicos do comércio tanto doméstico, quanto internacional. (In: RODAS, 2004, 432)

Sendo assim, é interessante que as partes façam a escolha pelos princípios para regerem suas relações contratuais, pois eles decorrem diretamente dessa liberdade de escolha. E é nesse contexto que os princípios do UNIDROIT, para os contratos do comércio internacional, facilitam e dinamizam as formalidades que saturam os quadros normativos das relações comerciais, tanto entre Estados, como entre particulares.

Os Princípios do UNIDROIT oferecem uma codificação completa do Direito dos Contratos, visando transcender às divergências entre *Civil Law* e *Common Law*. E para alguns autores, eles representam mais do que a simples expressão da prática contratual, pois não são apenas uma mera compilação dos usos, mas constituem uma codificação elaborada do Direito dos Contratos Internacionais. Em regra o objetivo, na elaboração desses princípios, não era o de encontrar soluções de compromisso, e sim o de adotar aquilo que a maioria dos integrantes do grupo de trabalho considerava como a melhor solução. Os membros do grupo atuaram como especialistas individuais e não como representantes de um governo ou sistema jurídico. (CRETILLA, 2010, p. 189)

Esses princípios refletem uma tendência atual de formação de um direito transnacional, inerente às relações comerciais internacionais, tendo como característica uma crescente desnacionalização das regras que envolvem essas relações. Eles surgiram para preencher uma lacuna que não era abrangida pelas Convenções Internacionais de direito uniforme, existentes até o momento. (GAMA Jr. In: RODAS, 2002, p. 428)

De acordo com Cretella,

“O conteúdo dos *Princípios* seria equivalente à parte de um “Código Civil” relativa ao Direito dos Contratos, sendo que muitas das normas não podem ser caracterizadas como refletindo a “prática contratual internacional”, mas ao revés, uma solução normativa, (...). Os princípios enunciam aquilo que um legislador nacional poderia prever – ou o que a jurisprudência poderia consolidar – e não soluções oriundas da prática. (...) Assim, pode-se afirmar que os Princípios do UNIDROIT representam, de um lado, a incorporação da melhor prática contratual internacional, mas vão bem, além disso, na medida em que estabelecem um marco normativo que corrige e orienta certas práticas”. (CRETELLA, 2010, p. 190)

Portanto, esses princípios saem como uma alternativa ao uso das leis estatais, sem necessariamente, se colocarem como um direito não estatal, uma vez que usados através da arbitragem, e sendo esta plenamente contemplada pelos ordenamentos jurídicos, sobretudo o brasileiro, eles não seriam de todo um direito avesso ao direito estatal e sim caminhará junto a ele, preenchendo suas lacunas referentes à contratação internacional.

3.3.1 *Natureza jurídica dos princípios do UNIDROIT*

Tendo como ponto de partida o preâmbulo dos Princípios do UNIDROIT, no contexto de utilização de suas normas, não há nada que indique precisamente o seu valor como norma jurídica. A dogmática jurídica baseada no positivismo jurídico não dispõe de uma categoria que encaixe adequadamente esses Princípios, o conceito de *soft Law* é o que melhor exprime sua natureza jurídica. (GAMA, Jr., 2006, 50-51)

Soft Law tem um conceito amplo, considerado para alguns como normas de direito flexível, que servem como critérios de fundamentação de decisões

ou de legitimação de práticas típicas do comércio internacional, embora desprovidas de caráter vinculante. Para outros são regras de valor normativo limitado, tanto porque não seriam juridicamente obrigatórias, quanto porque não criam obrigações de direito positivo. (SALMON, 2001 apud GAMA, Jr., 2006, p. 51-52)

O surgimento do *soft Law* e seu constante crescimento dá-se à dificuldade de expor e conceituar exatamente as diferenças entre *lex mercatoria*, usos e costumes do Direito do Comércio Internacional e princípios gerais do Direito. Composto por textos elaborados por organizações internacionais, interestatais ou particulares, que são de aplicação facultativa, e tem caráter orientador e não obrigatório de normas jurídicas. (CRETELLA, 2010, p. 208-209)

Tendo em vista que se deve rejeitar o postulado segundo o qual não existe outro direito que os direitos de origem estatal, e, de outro lado, apoiar a idéia de que o direito não é necessariamente formado por regras jurídicas, mas de outros elementos, como os princípios jurídicos, que também possuem força normativa, não é exagero afirmar que os Princípios do UNIDROIT possuem contornos de um *ius gentium* moderno dos contratos internacionais. (GAMA, Jr., 2006, p. 53)

Existem ainda autores que afirmam que os Princípios do UNIDROIT são uma manifestação da nova *lex mercatoria*, segundo Arthut Rosett,

“Os Princípios do UNIDROIT constituem um *restatement* do direito do comércio internacional. Por conseguinte, diz-se que é a nova *lex mercatoria* que está se reafirmando (*restating*) através deles. Daí ser papel dos Princípios conferir substância à prática internacional, como fonte do direito, e prover conteúdo ao sistema da nova *lex mercatoria*”. (apud: GAMA Jr, 2006, p. 231-232)

A autoridade normativa desses Princípios deve-se, entre outras razões, à qualidade acadêmica e profissional dos seus redatores, e especialmente, à sua crescente utilização em contratos, arbitragens e litígios judiciais no âmbito internacional. A prova eloqüente de sua aceitação entre os operadores do direito é o fato de, pouco mais de dez anos a partir de sua edição, terem sido utilizados em cerca de 100 casos, por tribunais judiciais e arbitrais, sem contar os casos protegidos pelo sigilo que é característico da arbitragem, e assim, nunca foram publicados. (GAMA, Jr., 2006, p. 53-54)

Os Princípios do UNIDROIT são espécie de *soft Law*, traduzindo assim, uma tendência global de harmonização do direito do comércio internacional por vias alternativas ao chamado *hard Law* adotado pelos Estados nacionais. Os princípios apresentam caráter mais flexível que os códigos positivistas clássicos. Sua missão é guiar e informar, sem pretender incorporar-se aos ordenamentos estatais como direito positivo, através de atos legislativos formais. (GAMA, Jr., 2006, p. 52)

3.3.2 *Os princípios do UNIDROIT e os princípios norteadores dos contratos.*

As partes vinculadas a transações internacionais comumente têm se utilizado de formas padronizadas, em consonância com as necessidades do comércio internacional, percebendo-se uma tendência generalizada de se flexibilizar determinadas diretrizes normativas. Todavia, na prática, diante de algumas situações, como no caso das leis uniformes, os ordenamentos convencionais têm normalmente suprido lacunas, não pelas leis locais, mas se servindo de princípios gerais nos quais se baseie a lei uniforme.

Os princípios do UNIDROIT tiveram seus artigos inspirados em princípios gerais basilares dos contratos internacionais comerciais, princípios esses que estão inseridos em seu conteúdo. Além do mais, serviram de inspiração outros princípios que são reconhecidos pela doutrina.

O *Princípio da liberdade contratual* está presente no art. 1.1 (*Liberdade Contratual*) que afirma que: “as partes são livres para celebrar um contrato e determinar o seu conteúdo”.

Esse princípio representa o dogma da vontade, o reconhecimento do contrato como expressão da autonomia das partes em auto-regular seus interesses privados. A liberdade de contratar abrange poderes de autodeterminação de interesses, livre discussão das condições contratuais e da escolha do tipo contratual mais conveniente para as partes. (GAMA Jr, 2006, p. 280-282)

Contudo, a liberdade de contratar não é absoluta, sofrendo limitações impostas pelo Estado em setores onde a concorrência é limitada, e ainda as limitações impostas pelas normas de ordem pública, ou normas imperativas de

direito público e privado, contidas nos próprios princípios ou ainda em certos sistemas jurídicos nacionais e internacionais. (GAMA Jr. 2006, p. 285).

Princípio do consensualismo (liberdade de forma e de prova) está previsto no art. 1.2, onde expõe: “Os Princípios não impõem que o contrato, a declaração ou qualquer outro ato seja concluído ou provado por uma forma especial. O contrato pode ser aprovado por quaisquer meios, inclusive por testemunhas”.

Sendo assim, o pacto contratual não necessita de forma específica para provar os atos realizados entre as partes no contrato. Orlando Gomes expõe que é uma manifestação do liberalismo em oposição ao formalismo e ao simbolismo (2007, p. 37).

Esse artigo não exige forma especial para o pacto contratual ser considerado válido, e nem para fins de provas relacionadas à contratação, admitindo qualquer tipo de prova, inclusive testemunhas. Porém, existem três situações em que pode-se exigir forma escrita ou especial, são elas: a) por acordo das partes, fundado no artigo 1.5, b) como requisito imposto pelo direito nacional aplicável ao contrato, c) como requisito imposto como instrumento internacional de direito uniforme internacional aplicável aos contratos. (GAMA, Jr. 2006, p. 288-289)

Princípio da força obrigatória do contrato está inserido no art. 1.3 onde diz:

“Um contrato validamente concluído vincula as partes contratantes. As partes somente podem modificá-lo ou extingui-lo de conformidade com as respectivas disposições, mediante comum acordo ou ainda pelas causas enunciadas nestes Princípios”.

Sendo assim, um contrato validado e concluído vincula as partes que o fizeram só podendo ser cancelado de comum acordo ou nos termos ditados por esses princípios. Uma vez estipulado o acordo de vontades ele torna-se irrevogável, impedindo que o juiz ou árbitro interfira diretamente no seu cumprimento, a não ser em situações específicas ditadas nos próprios princípios.

Princípio da primazia das regras imperativas presente no art. 1.4 que preconiza que: “Estes Princípios não limitam a aplicação de regras imperativas, de origem nacional, internacional ou supranacional, aplicáveis segundo as regras pertinentes do direito internacional privado”.

Os Princípios do UNIDROIT determinam que as normas de ordem pública ou normas imperativas, designadas de acordo com o direito internacional privado, incidem na contratação internacional, limitando a liberdade de contratar e de determinar o conteúdo do contrato. Essas normas restringem a autonomia privada na medida que não podem ser objeto de determinação voluntária dos contratantes, aplicando-se obrigatoriamente ao contrato. (GAMA Jr. 2006, p. 297)

Princípio da natureza dispositiva dos Princípios encontra-se inserido no art. 1.5 que dispõe: “As partes podem excluir a aplicação destes Princípios, derrogar ou modificar os efeitos de qualquer uma das suas disposições, salvo quando estes Princípios disponham de modo contrário”.

É possível a exclusão ou modificação por acordo das partes em relação ao uso dos Princípios do UNIDROIT, podendo as partes ainda limitar ou derrogar sua aplicação. Acolhe uma tendência do comércio internacional onde a natureza dispositiva dos instrumentos que integram o direito uniforme é amplamente consolidada. (GAMA Jr., 2006, p. 305)

Princípios da internacionalidade e uniformidade, art. 1.6 (Interpretação e integração dos princípios) expõe que:

“(1) Na interpretação dos Princípios ter-se-á em conta o seu caráter internacional e a sua finalidade, notadamente a necessidade de promover a uniformidade de sua aplicação. (2) As questões que se encontrem no âmbito de aplicação dos Princípios, mas não sejam por estes expressamente disciplinadas, serão, na medida do possível, resolvidas em conformidade com os princípios gerais em que os princípios se inspiram”.

Trata da interpretação e integração dos princípios, expondo que para interpretar os Princípios do UNIDROIT deverá ser levado em consideração seu caráter internacional e sua finalidade de uniformização das regras internacionais. Quando houver questões que se encontram no âmbito dos Princípios do UNIDROIT, porém não estão por eles disciplinadas, deverão ser resolvidas de acordo com os princípios gerais em que eles foram inspirados. (GAMA, Jr, 2006, p. 305-311)

Princípio da boa-fé e lealdade negocial constante no art. 1.7 que expõe: “(1) As partes devem proceder em conformidade com as exigências da boa-

fé no comércio internacional. (2) As partes não podem excluir e nem limitar o alcance desta obrigação”.

É considerado como um dos princípios mais importantes dos contratos internacionais e reforça a exigência da boa-fé nas negociações internacionais, não podendo excluí-la e nem limitá-la.

A boa-fé implica a vedação do abuso e reafirma o dever de cooperação entre os contratantes. Nos princípios do UNIDROIT representa a obrigação das partes de agirem com lealdade e confiança recíprocas, colaborando uma com a outra em todas as fases do contrato. Sendo que a boa-fé deve ser necessariamente analisada á luz das características especiais do comércio internacional, sem impedimento da complementação que lhe pode ser feita pela boa-fé geralmente aceita nos ordenamentos internacionais. (GAMA, Jr., 2006, p. 313-315)

Princípio da primazia dos usos e práticas, inserido no art. 1.9, onde está exposto que:

“(1) As partes vinculam-se pelos usos aos quais tenham consentido e pelas práticas que tenham estabelecido entre si. (2) As partes vinculam-se aos usos que, no comércio internacional, sejam amplamente conhecidos e regularmente observados pelos contratantes no ramo comercial internacional concernente, salvo quando a aplicação de tais usos não seja razoável”.

As partes se vinculam aos usos e praticas por elas praticadas na contratação internacional.

Sendo assim, como não é possível falar dos 185 artigos dos Princípios do UNIDROIT relativos aos contratos internacionais, demonstraram-se nesse tópico somente alguns dos artigos onde estão inseridos os mais importantes princípios gerais do direito. Explicitando o quão válido é o instrumento em questão para a resolução de contendas internacionais.

CONCLUSÃO

Com base no que foi analisado ao longo desse trabalho, torna-se possível verificar o papel preponderante das leis uniformes, como base para solução de conflitos advindos dos contratos internacionais. É através de iniciativas como os Princípios do UNIDROIT, aplicáveis aos contratos internacionais que se almejará uma redução significativa dos conflitos referentes a tais pactos internacionais.

É imperioso que haja uma uniformização das regras para a formação dos contratos internacionais, uma vez que dificilmente se alcançará um consenso pacífico quando se trata de dirimir um conflito que engloba legislações de dois ou mais Estados. Em inúmeras situações concretas, não há como se julgar qual a lei mais válida, mais precisa ou a que melhor se adéqua ao fato. Até mesmo no caso de contratos como os de adesão, em que as cláusulas são padronizadas e não se pode modificá-las substancialmente, identificam-se problemas na resolução de conflitos.

Todavia, em contrapartida à problemática anteriormente delineada, percebe-se que os princípios do UNIDROIT enunciam soluções mais adequadas às exigências do comércio internacional. Em consequência, tais soluções fornecem às relações comerciais maior segurança e previsibilidade nos pactos internacionais firmados.

Diante desses numerosos conflitos, conclui-se que os Princípios do UNIDROIT garantem um julgamento mais justo e igualitário das contendas ocorrentes na vigência dos contratos firmados entre os Estados. É de suma importância se empreender o aprofundamento da análise e do estudo desse mecanismo, para que se facilite ainda mais o comércio entre os países. Ademais, a integração entre os países por meio das relações comerciais de âmbito internacional evidencia-se como meio concreto de crescimento econômico das nações, uma vez que tal interação é necessária para impulsionar as suas economias internas.

Assim, é necessário um estudo profundo das leis de cada Estado, dos tratados internacionais relacionados ao tema, dos costumes que envolvem o comércio internacional, e de todos os outros aspectos que se considere relevante para o aprofundamento de tais questões. Tem-se que tomar muito cuidado na

escolha da lei aplicável, pois cada país possui regras específicas na qual ficará condicionado o cumprimento do contrato, e na qual as partes estarão sujeitas para que o contrato tenha validade e produza os devidos efeitos.

Portanto, é imprescindível que hajam estudos que analisem mais profundamente a possibilidade da criação de uma lei uniforme para os contratos internacionais, uma vez que os usos e costumes do comércio internacional evidenciam essa necessidade diante das várias demonstrações que ocorrem no sentido de comprovar que os conflitos de regras são uma realidade presente na contratação internacional.

REFERÊNCIAS

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

_____. ***Contratos Internacionais: Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais***. 4 Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. **Contratos Internacionais E A Jurisprudência Brasileira: Lei Aplicável, Ordem Pública E Cláusula de Eleição de Foro**. In: RODAS, João Grandino (coord.). ***Contratos Internacionais***. 3 Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. ***Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira***. 4 Ed. Rio da Janeiro: Renovar, 2008.

BASSO, Maristela. ***Curso de Direito Internacional Privado***. 2 Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. ***Contratos Internacionais do Comércio: negociação, conclusão e prática***. 3 Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

BREVIGLIERI, Etieni. e SOARES, Denis. ***Contratos Internacionais Firmados no Brasil: A possibilidade de escolha da legislação aplicável mediante a lei de arbitragem***. Disponível em < <http://www.feb.br/revistafebre/internacional.pdf> > acesso em: 26/03/12

COELHO, Fábio Ulhoa. ***Curso de Direito Civil, 3: Contratos***. 4 Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DINIZ, Maria Helena. ***Tratado teórico e prático dos contratos, volume I***. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. ***Lei de Introdução do Código Civil Interpretada***. São Paulo: Saraiva, 2001.

DOLINGER, Jacob. ***Direito Internacional Privado: Parte Geral***. Rio de Janeiro – São Paulo – Recife: Renovar, 2008.

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

FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GAMA Jr, Lauro. **Contratos Internacionais à Luz dos princípios do UNIDROIT 2004: soft Law, arbitragem e jurisdição**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Os princípios do UNIDROIT relativos aos contratos comerciais internacionais e sua aplicação nos países do MERCOSUL*. In: RODAS, João Grandino (coord.). **Contratos Internacionais**. 3 Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GARCEZ, José Maria Rossani. **Contratos Internacionais Comerciais: planejamento, negociação, solução de conflitos, cláusulas especiais, convenções internacionais**. São Paulo: Saraiva, 1994.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: contratos e atos unilaterais**. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Direito Civil Brasileiro: contratos e atos unilaterais**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MOTTA, Andréa Limani Boisson. **Curso Introdutório de Direito Internacional do Comércio**. Barueri, SP: Manole, 2010.

MELO, Jairo Silva. **Contratos Internacionais e Cláusulas Hardship**. São Paulo: Aduaneiras, 2000.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil, v. 3: Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

OCTAVIANO MARTINS, Eliane Maria. *Curso de Direito Marítimo, volume II*. Barueri, São Paulo: Manole, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil, volume III, Contratos*. 15 Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

REALE, Miguel. *Função Social do Contrato*. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>> acesso em: 08/04/2012.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Dos Contratos e das Declarações Unilaterais de Vontade*. São Paulo: Saraiva, 1988.

STRENGER, Irineu. *Contratos Internacionais de Comércio*. São Paulo: LTR, 2003.

_____. *Direito do Comércio Internacional e Lex Mercatoria*. São Paulo: LTR, 1996.

_____. *Arbitragem Comercial Internacional*. São Paulo: LTR, 1996.

TARTUCE, Flávio. *Função Social dos Contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. Coleção Prof. Rubens Limongi França, v. 2. São Paulo: Método, 2007.

UNIDROIT. Disponível em: <<http://www.unidroit.org/dynasite.cfm?dsmid=103284>> acesso em 20/03/12

VENTURA, Luís Henrique. *Contratos Internacionais Empresariais: teoria e prática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

FERREIRA SIMÕES, Antônio José. *Questão Energética Sul-Americana. Petróleo, gás natural e biocombustível: desafio estratégico no mundo e no Brasil*. *Revista de Política Externa*, São Paulo, Vol. 15, nº 3, p. 21-34, Dez/Jan/ Fev 2006-2007.

GAMA Jr, Lauro. *Os Princípios do UNIDROIT Relativos aos Contratos Internacionais 2004 E O Direito Brasileiro: Convergências e Possibilidades*. *Revista de Arbitragem e Mediação*, Vol. 3, nº 8, p. 48-100, Jan/Mar 2006.

GARJAKA BAPTISTA, Olívia Cerdoura. *Lei de Regência e Foro Competente nos Contratos Internacionais de Comércio*. **Revista de Direito Internacional e Econômico**, Porto Alegre, Vol. 03, nº 14, p. 127-138, Jan/Mar 2006.