



PUC GOIÁS

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, RELAÇÕES INTERNACIONAIS
E DESENVOLVIMENTO – MESTRADO

RICARDO AGUIAR BARROS

**A AUTONOMIA DA VONTADE NOS CONTRATOS NACIONAIS E
INTERNACIONAIS – JULGADOS E CASOS CONCRETOS**

Goiânia
2012

RICARDO AGUIAR BARROS

**A AUTONOMIA DA VONTADE NOS CONTRATOS NACIONAIS E
INTERNACIONAIS – JULGADOS E CASOS CONCRETOS**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do Grau de Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela Universidade Católica de Goiás –PUC/GO. Orientadora: Profa. Dra. Luciane Martins de Araújo.

Goiânia
2012

B277a Barros, Ricardo Aguiar.

A autonomia da vontade nos contratos nacionais e internacionais – julgados e casos concretos [manuscrito] / Ricardo Aguiar Barros. – 2012. 120 f.

Bibliografia: f. [75]-78

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Programa de Pós-Graduação em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento, 2012.

Orientadora: Profa. Dra. Luciane Martins de Araújo.

Inclui lista de abreviatura.

Inclui Anexo.

1. Contratos. 2. Contratos nacionais – direito civil. 3. Contratos internacionais – direito civil 4. Autonomia da vontade – direito civil. 5. Direito empresarial. 6. Direito internacional. I. Título.

CDU: 347.44:341(043.3)

347.7

RICARDO AGUIAR BARROS

**A AUTONOMIA DA VONTADE NOS CONTRATOS NACIONAIS E
INTERNACIONAIS – JULGADOS E CASOS CONCRETOS**

Dissertação aprovada em __/__/2012 como requisito parcial para a obtenção do Grau de Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás – PUC/GO, pela seguinte banca examinadora:

Dra. Luciane Martins de Araújo (Orientadora)
Professora Orientadora e Presidente da Banca
PUC-GO

Dra Isivone Pereira Chaves
Professor Membro da Banca
Uni-Anhanguera

Dr Ycarim Melgaço Barbosa
Professor Membro da Banca
PUC-GO

Dra Geisa Cunha Franco (Suplente)
Professora Membro da Banca
PUC-GO

AGRADECIMENTOS

Primeiramente gostaria de agradecer a Deus pela realização de mais uma conquista. Aos meus pais Wagner de Castro Barros e Ana Maria Aguiar Barros pelo incentivo de persistir no caminho do conhecimento e na busca da felicidade.

À minha amada esposa Eliane e minha filha Ana Clara, o meu eterno agradecimento pela cooperação na realização deste sonho e, principalmente pela compreensão diante da minha ausência em diversos momentos. Vocês são a inspiração e fonte da minha existência, luz que alegra e ilumina meus dias.

A minha orientadora, professora Dra. Luciane Martins de Araújo, que sempre disponibilizou tempo e conhecimento para o aprimoramento deste trabalho. Aos professores (as), direção e funcionários (as) do Mestrado em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento da Pontifícia Universidade Católica de Goiás-PUC/GO, pelo carinho e paciência concedidos durante todo o curso. Aos colegas e amigos de turma, em especial a Clodoaldo Moreira Júnior.

Aos meus irmãos Wagner Aguiar Barros, Bruno Aguiar Barros e Priscilla Aguiar Barros pelo apoio paciência nos momentos que precisei, bem como ao meu sobrinho Diego Stefani Albuquerque pelo apoio de sempre.

RESUMO

Esta dissertação vincula-se à linha de pesquisa “Relações Internacionais” do programa de Mestrado em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Analisa o princípio da autonomia da vontade das partes contratantes em uma relação internacional privada, bem como o empreendedorismo como princípios que incentivam a livre iniciativa e a proteção a empresa, como figura primordial na produção e crescimento de um país. O Código Civil brasileiro de 2002 trouxe vários princípios que norteiam e delimitam a vontade dos contratantes no momento de contratar, na execução dos contratos e na conclusão/extinção dos mesmos. Daí o estudo dos contratos nacionais e internacionais, as leis aplicáveis ao instituto e a compreensão da autonomia da vontade dos contratantes e seus limites impostos pelas convenções internacionais de Haia, de Viena e de Roma e pela UNIDROIT bem como os casos concretos e julgados dos principais conflitos.

Palavras-chave: código civil, contratos nacionais e internacionais, empresa, função social, lei aplicável, autonomia da vontade, convenções internacionais, casos concretos, julgados, conflitos.

ABSTRACT

This work is linked to the research line "International Relations" of the Master's program in Law, International Relations and Development from the Catholic University of Goiás analyzes the principle of autonomy of the contracting parties in a private international relations, as well as the principles that encourage entrepreneurship and free enterprise and protect the company, as a figure in primary production and growth of a country. The Brazilian Civil Code of 2002 brought a number of principles that guide and define the will of the parties at the time of hiring, the execution of contracts and completion / termination thereof. Hence the study of national and international contracts, laws applicable to the institute and understanding of freedom of choice of contractors and their limits imposed by international conventions of The Hague, Vienna and Rome and by UNIDROIT and the cases and trial of the major conflicts .

Keywords: Civil Code, national and international contracts; company; social function; applicable law, freedom of choice, international conventions, specific cases, judged conflicts.

LISTA DE ABREVIATURAS

AAA	- American Arbitration Association
BID	- Banco Interamericano de Desenvolvimento
CAMCA	- Centro de Arbitragem e Mediação Comercial
CCI	- Corte de Comércio Internacional
CE	- Comunidade Europeia
CIDIP	- Conferências Interamericanas de Direito Internacional Privado
DIPr	- Direito Internacional Privado
EFTA	- Associação Europeia do Livre Comércio
ISDA	- Associação Internacional de Swaps e Derivativos
LINDB	- Lei de Introdução à Normas do Direito Brasileiro
LUFC	- Lei Uniforme sobre a Formação do Contrato de Venda Internacional de Objetos Móveis Corpóreos
LUVI	- Lei Uniforme sobre a Venda Internacional de Objetos Móveis Corpóreos
MERCOSUL	- Mercado Comum do Sul
OEA	- Organização dos Estados Americanos
OMPI	- Organização Mundial da Propriedade Intelectual
ONU	- Organização das Nações Unidas
UNCITRAL	- Comissão das Nações Unidas sobre o Direito do Comércio Internacional
UNIDROIT	- Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado
USP	- Universidade de São Paulo

SUMÁRIO

RESUMO.....	04
ABSTRACT.....	05
LISTA DE ABREVIATURAS.....	06
INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO 1 - O CONTRATO NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO.....	12
1.1 Abordagem histórica do contrato e sua função social.....	12
1.2 Condições de validade do contrato.....	15
1.2.1 Requisitos subjetivos.....	15
1.2.2 Requisitos objetivos.....	16
1.2.3 Requisitos formais.....	17
1.3 Princípios contratuais.....	17
1.3.1 Autonomia da vontade.....	18
1.3.2 Força obrigatória dos contratos.....	19
1.4 Conceito de contratos internacionais e legislação aplicável.....	19
1.5 Objeto do Direito Empresarial em conflito com o princípio da autonomia da vontade.....	24
1.6 O empresário conceitualmente ante a afronta do interesse público.....	25
1.7 Atividade empresarial e contratos empresariais.....	28
1.8 Mercado e rede contratual.....	28
1.9 Categoria autônoma dos contratos empresariais.....	29
1.10 A hermenêutica das negociações mercantis.....	30
1.10.1 A hermenêutica das negociações mercantis no Código Comercial de 1850..	34
CAPÍTULO 2 - CONTRATOS INTERNACIONAIS DO COMÉRCIO.....	35
2.1 A congruência dos contratos e o direito empresarial no Plano Internacional do Comércio.....	35
2.2 Objeto dos Contratos Internacionais do Comércio.....	35
2.3 A autonomia da vontade nos Contratos Internacionais do Comércio.....	36
2.4 Histórico.....	36

2.4.1 Problemas dos conflitos de leis nos Contratos Internacionais.....	36
2.4.2 O pensamento francês e sua aplicação em casos concretos.....	41
2.4.3 O Brasil e seu posicionamento.....	43
2.4.4 As convenções sobre Contratos Internacionais	44
2.4.5 Foro e lei aplicável	45

CAPÍTULO 3 - AUTONOMIA DA VONTADE NAS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS

51

3.1 Intróito nas Convenções Internacionais	51
3.2 Os Contratos Internacionais pelas Convenções de Haia	51
3.3 A compra e venda internacional pela Convenção da UNCITRAL	53
3.4 A Convenção de Roma de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais e sua atualização pelo Regulamento 593 de 2008.....	57
3.5 Princípios uniformes dos contratos comerciais internacionais elaborados pelo UNIDROIT.....	61
3.6 Dos casos concretos	63
3.6.1 Caso concreto 1	63
3.6.2 Caso concreto 2	64
3.6.3 Caso concreto 3 - Texaco x Libia (Libyan Arab Republic). Significado e alcance da internacionalização dos contratos	65
3.6.4 Caso concreto 4: Soeicom S/A x Banco Bayerische Vereiinsbank International S/A.	66
3.6.5 Caso concreto 5 – Da indústria do petróleo	67
3.7 Do posicionamento jurisprudencial brasileiro	68
3.7.1 Posição do STF: Recurso Extraordinário nº 93.131-7 (1981).....	69
3.8 Novas tendências na jurisprudência brasileira em direção ao reconhecimento da autonomia da vontade.....	70

CONSIDERAÇÕES FINAIS

72

REFERÊNCIAS.....

75

ANEXOS

79

ANEXO 1 - Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais (Convenção do México de 1994) - CIDIP	80
--	-----------

ANEXO 2 - Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias	82
---	-----------

INTRODUÇÃO

Preliminarmente a idéia de proteção jurídica que um contrato traduz em uma relação jurídica é sempre discutida entre os civilistas e pessoas do ramo. A palavra “contractus” significa unir, contrair e tem como sinônimo a convenção, pacto ou acordo.

No mundo contratual muito há de se perceber esta segurança jurídica, porém com a evolução dos contratos e da sociedade tendo como visão o comportamento das pessoas não tanto individualistas como pretende o sistema de países capitalistas, mas sim como um ser que se insere na sociedade como parte dela.

Há de se levar em conta que o mundo dos negócios, principalmente após a sua globalização e reflexos notórios nos mercados, com o aumento do consumo, das necessidades das pessoas de consumirem e do poder aquisitivo com maior distribuição de informações e rendas, o elemento do empreendedorismo se fortalece e se traduz em oportunidade que merece esta proteção jurídica.

No primeiro capítulo aborda-se a importância dos contratos como um negócio imprescindível no mundo empresarial que envolve os empresários em atividades arriscadas e que vêm neste instrumento uma segurança maior para impor seus direitos e se estabelecerem com menos riscos.

Neste capítulo se vislumbra a raiz histórica das obrigações contratuais, no início visto como fonte dos direitos obrigacionais pelos “intitutas Justiniano”, e que se poderá contemplar a evolução para o que temos atualmente, traçando os cuidados e formas que o empresário que queira utilizar deste instituto possa os contemplar.

A figura do empresário, seja o empresário individual, como indivíduo que empreende no mundo dos negócios sozinho ou seja a sociedade empresarial em que dois ou mais sujeitos unem esforços para empreenderem juntos na obtenção de lucro com profissionalismo, de forma organizada, na produção ou circulação de bens ou de serviços.

Há de se compreender neste sentido a organização empreendedora como uma importante contribuição produtiva de um país que queira se desenvolver economicamente, financeiramente e socialmente, na geração de capital, de recolhimento de tributos, manutenção e criação de empregos dentre outras funções diretas e indiretas ditas como função social da empresa.

Os contratos nacionais e internacionalmente utilizados no mundo negocial, entre os empresários e seus clientes, sejam eles, pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras, mas que com certeza compõem o objeto maior das empresas, isto é, a transformação e aumento da sua freguesia em verdadeiros consumidores fiéis que consomem cada vez mais e mais, seja pelas suas necessidades úteis ou supérfluas, seja pela imposição da sociedade consumista, ou mesmo do empresário que detém de monopólio de informações, produtos ou serviços.

No segundo capítulo o foco principal diante destas matizes descritas invocam a questionamentos quanto ao conceito do contrato internacional do comércio, a aplicação das leis nestes contratos ou qual sistema jurídico deve ser aplicado.

E por fim no terceiro capítulo o desafio de discutir a real autonomia da vontade dos contratantes no âmbito internacional do comércio considerando os limites e princípios que norteiam este negócio jurídico serão explorados em meio às convenções Internacionais de Haia, de Viena e de Roma, bem como os trazidos pela Liga das Nações atualmente com o UNIDROIT.

A posição do direito internacional privado brasileiro quanto à consagração do critério do princípio da autonomia da vontade e a necessidade de reformar a legislação competente por reger as obrigações em sede de contratos internacionais em nosso direito internacional privado somada aos casos concretos principais que compõem os conflitos já configurados neste tocante.

CAPÍTULO 1

O CONTRATO NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

1.1 Abordagem histórica do contrato e sua função social

Não há registro exato de data de início ou insurgência do contrato no mundo. Com a evolução moral da humanidade a sua existência foi por certo sendo percebida, e isto ocorreu na época clássica segundo Gagliano (2010, p. 38).

Ocorreria antes mesmo do Direito romano do jurisconsulto Gaio (1999, *apud* GAGLIANO, 2010, p. 38) a realização da sistematização das fontes das obrigações incluindo os contratos como uma delas, cuja catalogação desenvolvida nas Institutas de Justiniano previa tanto o Contrato, como o quase contrato, o delito e o quase delito.

Na época clássica surge o elemento do acordo contratual que deu origem ao conceito técnico de “contrato obrigacional”, mas onde necessariamente se deu ainda é uma questão discutida entre os historiadores.

Imagina-se inicialmente que fora em Roma, uma vez que a principal fonte histórica dos sistemas jurídicos ocidentais que se conhece é do direito Romano. Seria o surgimento do negócio jurídico contratual.

Porém, Bonfante (*apud*, STOLZE; GOMES, 1999, p. 6), alegando que a origem histórica do contrato não está no direito romano. Não há como negar a influência dos canonistas, positivistas e jusnaturalistas no aperfeiçoamento do conceito jurídico do contrato e de suas figuras típicas.

Foram os franceses, em movimento iluminista, com vocação antropocêntrica, que ditaram “a vontade racional do homem” como o centro do universo, o que aumentou a necessidade de observar melhor a força normativa do contrato, daí resulta o princípio da “*pacta sunt servanda*” e sua rigorosa aplicação.

Esta visão antropocêntrica e patrimonialista se deu até o final do século XIX e início do século XX. Gerava muito desequilíbrio social diante do caráter individualista que culminou em vários movimentos sociais na Europa Ocidental que visavam recolocar o homem na sociedade, contrariando a idéia de que o homem havia tomado o lugar de Deus.

Ocorre que neste sentido, o homem se colocava em primeiro lugar, sem verificar que um contrato reflete seus efeitos na sociedade como um todo,

esquecendo que ele mesmo faz parte da sociedade e por isso estaria se prejudicando num contexto geral.

Explicando melhor, quando uma pessoa contrata a compra de um bem, e só se preocupa em ter a propriedade dele, não se preocupando em dar àquele bem uma utilização produtiva, acaba por reduzir a produção de sua sociedade do qual ele se encontra inserido.

Ainda nesse sentido, observam Quintão e Barroso (2003, *apud*, GAGLIANO, 2010, p. 41):

Uma das projeções da livre iniciativa é a liberdade de participação na economia, corroborando o capitalismo enquanto modelo econômico adotado, que traz consigo todas as mazelas e formas de exclusão que lhe são inerentes, mas que deverá, antes de tudo, respeitar os valores sociais do trabalho, juntamente com a iniciativa na posição de fundamento do Estado e preceito da ordem econômica, visando compatibilizar o regime de produção escolhido (capital, lucro), a dignidade da pessoa humana e a dimensão econômico-produtiva da cidadania.

Seguindo o processo de solidarização social do contrato ao longo do século XX, Mattioto (2000, *apud*, GAGLIANO, 2010, p.41), senão vejamos:

Nas palavras emblemáticas de Ripert, 'o contrato já não é ordem estável, mas eterno vir a ser'. A noção de liberdade contratual havia sido construído como projeção da liberdade individual, ao mesmo tempo em que se atribuía à vontade o papel de criar direitos obrigações. A força obrigatória do contrato era imposta como corolário da noção de direito subjetivo, do poder conferido ao credor sobre o devedor. Com a evolução da ordem jurídica, já não tem mais o credor o mesmo poder, o direito subjetivo sofre limites ao seu exercício e não compete aos contratantes, com exclusividade, a autodeterminação de *lex inter partes*, que sofre a intervenção do legislador e pode submeter-se à revisão pelo juiz.

A revolução industrial, o advento da tecnologia cada vez mais avançada e o aumento do consumo nos mercados enfraqueceram a idéia do "Princípio da igualdade formal entre as partes contratantes" que era de suma importância para aplicação absoluta do "pacta sunt servanda" ambos embriões da teoria clássica contratual.

Nos dias atuais o mais moderno que se alcançou foi a simplificação do contrato em um formulário que se adere a ele ou não, sem que se possa discutir as cláusulas.

Gagliano (2010, p. 34) se refere a esta situação moderna bem dizendo que "o princípio da igualdade formal, até então considerado absoluto, converteu-se em

princípio da hipocrisia!”. Para tanto o doutrinador cita ainda os exemplos dos contratos de cartão de crédito, de fornecimento de energia e luz, de telefonia fixa ou celular, de empréstimo, de seguro, de transporte aéreo, de financiamento habitacional, de alienação fiduciária, de consórcio de leasing, de franquia, de locação em shopping Center, de concessão de serviços públicos, de internet, de TV a cabo, que são exemplos de contrato de adesão, cujo contrato surgiu no início do século XX.

Injusto se configura tais contratos, uma vez que impõe à uma parte mais fraca (aderente) a aceitar ou não as cláusulas imposta pelo proponente (parte mais forte) que geralmente possui um serviço ou produto exclusivo, e por isso mesmo aproveita-se da necessidade do aderente para lucrar e desequilibrar a relação contundentemente.

Ripert (2000, *apud*, GAGLIANO, 2010, p. 43) faz uma crítica ao contrato de adesão:

Que há de contratual neste ato jurídico? É na realidade a expressão de uma autoridade privada. O único ato de vontade do aderente consiste em colocar-se em situação tal que a lei da outra parte venha a se aplicar. O aderente entra neste círculo estreito em que a vontade da outra parte é soberana. E quando pratica aquele ato de vontade, o aderente é levado a isso pela imperiosa necessidade de contratar. É uma graça de mau gosto dizer-lhe isso: tu quiseste. A não ser que não viaje, que não faça um seguro, que não gaste água, gás ou eletricidade, que não use de transporte comum, que não trabalhe ao serviço de outrem, é-lhe impossível deixar de contratar.

Interessante se faz verificar a importância deste tipo de contrato, uma vez que se este for praticado com observância do princípio da função social, do respeito à dignidade da pessoa humana, este instrumento passa a ser considerado verdadeiro aliado ao social e economicamente útil, uma vez que cada vez aumenta mais o número de contratantes desta natureza de negócio jurídico. Por isso mesmo, Ripert (2000, *apud*, GAGLIANO, 2010, p. 42) conclui neste raciocínio:

Não se trata, é claro, de um desfavor lançado em bloco sobre todos os contratos de adesão, pelo contrário, a generalidade, a permanência, a rigidez que se descobre nestes contratos são as mais seguras garantias da sua utilidade...

(...)

A vontade que se afirma e atrai a si outras vontades representa um poder econômico indispensável à vida de um país.

O que deve ser impedido são os abusos do poder econômico, palavras do próprio Ripert apostas por Gagliano (2010).

Fazer a congruência entre os elementos da consciência e a liberdade, de forma não conflitante se torna um desafio constante dos operadores do direito civil. Do surgimento do contrato como negócio jurídico até o presente momento, o contrato se configurou como um instrumento de suma importância para a sociedade e por isso merece um estudo partindo desta evolução.

Hoje, o que se encontra no atual Código Civil brasileiro (lei 10.406/2002) são dois títulos que cuidam dos contratos em geral (Título V) e dos contratos em espécie (Título VI).

O primeiro se subdivide em Disposições Gerais (capítulo I) e Da Extinção do Contrato (Capítulo II). O Segundo, por sua vez, se subdivide em vinte capítulos fracionados em várias outras seções.

1.2 Condições de validade do contrato

Se o conceito de contrato tem como base a possibilidade da aquisição, modificação ou extinção de direitos, a lei traz por requisitos mínimos de validade para que tais efeitos sejam levados à cabo.

Caso um destes requisitos, também chamados de condições de validade, não seja preenchido o contrato poderá não ser considerado válido, não surtindo seus efeitos e podendo ser declarado nulo ou anulado.

Quanto às espécies de requisitos, Gonçalves (2011, p.33) considera os de ordem geral e o de ordem especial. Os primeiros seriam comuns a quaisquer atos ou negócio jurídico, dos quais a capacidade do agente, o objeto lícito, possível, determinado ou determinável, e a forma prescrita ou não defesa em lei (CC, art. 104).

Quanto aos requisitos de ordem especial, seriam de peculiaridades dos contratos, os acordos de vontades e o consentimento recíproco. O Doutrinador distribui ainda em requisitos subjetivos, objetivos e formais.

1.2.1 Requisitos subjetivos

Os requisitos subjetivos, tido como um requisito de ordem geral envolve a capacidade genérica dos contratantes que deve possuir duas ou mais pessoas, uma vez que o contrato é um negócio jurídico bilateral ou plurilateral.

Como exemplo temos a nulidade conforme o artigo 166, inciso I, do código civil ou a anulabilidade consoante o artigo 171, inciso I, do mesmo diploma legal que deverão ser aplicadas se ocorrer a incapacidade do contratante, seja absoluta ou relativa, e esta não tiver sido suprida pela respectiva representação ou assistência.

Outro requisito subjetivo seria a aptidão específica para contratar, como um requisito que exige, por exemplo, a anuência do cônjuge, casado em regime de comunhão total de bens, para que o outro possa alienar bem imóvel comum ao casal. Note que neste caso não existe necessariamente uma incapacidade do agente, mas sim lhe falta uma aptidão específica para contratar.

Por fim o elemento do consentimento, que se revela como requisito de ordem especial tramita a idéia de reciprocidade ou acordo de vontades que deverá ser livre e espontâneo. Pois se um contratante quer realizar um contrato de cessão de créditos e o outro contratante quer na verdade realizar contrato de doação existirá conflito de vontades quanto à existência e natureza do contrato, ou se de repente não ocorra consenso quanto ao objeto do contrato ou suas referidas cláusulas, não haverá contrato válido.

Tal consentimento poderá ser dado expressamente, seja com gestos, mímica, verbalmente ou por escrito. Poderá ser dado ainda tacitamente, quando a lei não exigir que seja expressa.

1.2.2 Requisitos objetivos

Tendo como abordagem central o OBJETO do contrato, os requisitos e validade objetivos do contrato elencados no artigo 104, inciso II, do Código Civil depende da licitude do objeto do contrato, possibilidade física ou jurídica do pedido e a determinação de seu objeto, que descrevem bem a exigência do objeto do contrato ser lícito, possível, determinado ou determinável.

O objeto é lícito se não for contrário à lei, à moral ou os bons costumes. Tal definição traz a segurança de que o agente não possa valer-se da própria torpeza no caso do contrato ser imoral, por exemplo.

A impossibilidade física do pedido, como nos casos de comprar um lote no céu, acarreta a nulidade do contrato. Caso seja uma impossibilidade jurídica, como na venda de herança viva, cuja venda é proibida pela legislação brasileira pelo princípio "*viventis nula hereditas*", o contrato também será considerado nulo.

Por fim, o objeto de um contrato deverá ser determinado ou determinável, no sentido em que a obrigação dos contratantes devem estar devidamente estipuladas ou acordadas, tendo como quase exceção a possibilidade da venda de coisa incerta, mas mesmo neste caso, o artigo 243 do Código Civil exige que o objeto seja indicado pelo menos pelo seu gênero e pela quantidade.

Gonçalves (2011, p. 38) ainda traz a tona uma exigência por parte dos doutrinadores de um requisito objetivo de validade dos contratos, sendo este requisito no tocante à exigência do contrato possuir algum valor econômico. Tal exigência se faz presente uma vez que dependendo do valor do contrato, o mesmo passa a ser não suscetível de apreciação econômica e por isso mesmo não interessa ao mundo jurídico.

1.2.3 Requisitos formais

“A forma dá ser às coisas!” - Esta frase reflete bem como se expõe a vontade através de um contrato. Esta forma deve estar prescrita em lei, isto é, a lei deverá prever como deverá ser feito o contrato. Tal forma também não poderá estar defesa em lei, ou seja, se a lei proibir uma determinada forma de se fazer um contrato, a desobediência da lei o torna nulo de pleno direito.

Seguindo a regra geral do Código Civil, o contrato poderá ser formado livremente, por escrito, seja ele público – onde as partes buscam o tabelião detentor de fé pública para transcrever um instrumento público ditado e assinado pelas partes e o próprio tabelião – seja ele escrito de forma particular – materializado por instrumento particular, manuscrito ou digitado, assinado pelas partes – e ainda poderá o contrato ser celebrado verbalmente, exceto se a lei exija a forma escrita, como nos casos de transações que requerem maior segurança jurídica e seriedade ao negócio jurídico proposto. Gonçalves resume ainda com a frase de que “O consensualismo, portanto, é a regra, e o formalismo, a exceção”.

1.3 Princípios contratuais

Os contratos possuem princípios que norteiam a sua compreensão, utilização, aplicabilidade e concepção. São eles a autonomia da vontade, a força obrigatória

dos contratos, a relatividade dos contratos, boa-fé contratual, função social do contrato e outros princípios que derivam da diversidade doutrinária.

1.3.1 Autonomia da vontade

A clássica frase de que “o contrato faz lei entre as partes” traz à tona a discussão se a vontade do contratante realmente era aquela que ele realmente queria, ou se realmente foi aquela estabelecida. Apesar de ser uma frase que traduz o princípio da “*pacta sunt servanda*”, o fato dos contratantes terem assinado o contrato que faz lei entre eles, não significa necessariamente que aquilo que está convencionado neste contrato traduza a vontade real dos mesmos.

Seguindo esta idéia, Venosa (2007, p. 343) entende que existem duas formas de se ver a liberdade de contratar, senão vejamos.

Essa liberdade de contratar pode ser vista sob dois aspectos. Pelo prisma da liberdade propriamente dita de contratar ou não, estabelecendo-se o conteúdo do contrato, ou pelo prisma da escolha da modalidade do contrato. A liberdade contratual permite que as partes se valham dos modelos contratuais constantes do ordenamento jurídico (contratos típicos), ou criarem uma modalidade de contrato de acordo com suas necessidades (contratos atípicos).

Quando Venosa (2007) cita que as partes podem criar uma modalidade de contrato de acordo com suas necessidades, chamados de contrato atípicos, justamente pelo fato do Código Civil não os contemplarem, como é o caso do contrato de Franquia, o doutrinador civilista invoca os princípios contratuais, pois por mais atípico que seja o contrato, ele deverá respeitar os princípios gerais do direito contratual imposto pelo Código Civil.

O Princípio da autonomia da vontade consiste no poder das partes de estipular livremente, como melhor lhes convier, mediante acordo de vontades, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica, envolvendo, além da liberdade de criação do contrato, a liberdade de contratar ou não contratar, de escolher o outro contraente e de fixar o conteúdo do contrato, limitadas pelas normas de ordem pública, pelos bons costumes e pela revisão judicial dos contratos.

No tocante ao princípio da autonomia da vontade, seu limite está previsto expressamente no artigo 421 do Código Civil, transcrito abaixo. Percebe-se que

outro princípio, tido como função social do contrato delimita a liberdade ou vontade contratar das partes. “Artigo 421 – A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social”.

Na verdade o mais importante é saber se o consentimento das partes foi dado de forma livre, sem influências de uma parte mais forte sobre a outra mais fraca, tendo como limitação à vontade contratual ainda a norma de ordem pública que é criada para dar justamente a função social que um contrato deve se ater.

Assim, o contrato atinge não só a questão individualista como antigamente se propunha, o atual código vislumbra verdadeiro conteúdo social nos contratos.

1.3.2 Força obrigatória dos contratos

O contrato deverá ser cumprido pelas partes, desde que o mesmo seja válido e eficaz, pois este é o acordo de vontades que faz lei entre as partes, também chamado de “*pacta sunt servanda*”. Mas apesar de focar a segurança jurídica, por vezes se denota exceções a esta afirmação que é a base do direito contratual conforme afirma Silvio de Salvo Venosa.

Aliado ao princípio descrito existe ainda o “*princípio a intangibilidade do contrato*” que se originou do primeiro para impedir que alguém possa alterar unilateralmente o que está escrito e sacramentado no contrato, impossibilitando até mesmo ao juiz esta alteração sem a anuência das partes.

1.4 Conceito de contratos internacionais e legislação aplicável

Monteiro (1985, p.5) conceitua o contrato como o acordo de vontades que tem por fim criar, modificar ou extinguir um direito. Na mesma linha de raciocínio seguiram Rodrigues (2002), Venosa (2007) e Gonçalves (2011). Já para Aristóteles, denota-se visão um pouco parecida, senão vejamos.

“Contrato era uma lei feita por particulares, tendo em vista determinado negócio; outro não é o conceito da moderna escola de Kelsen, que vê no contrato a criação de uma norma jurídica particular”.

Focando o conceito de Contratos Internacionais Engelberg (2007, p. 17) entende que este possui elementos que o aproximam dessa definição,

argumentando que em ambos os institutos se verifica um acordo de vontades que visa entrosar um objetivo comum.

Strenger (2003, p. 31-32) conceitua ainda os contratos Internacionais como “o motor, no sentido estrito, do comércio internacional, e, no sentido amplo, das relações internacionais, em todos os seus matizes”.

Já Celso Ribeiro Bastos e Eduardo Amaral Gurgel, conjuntamente em obra por ambos editada em 1990, conceituam em sua segunda página o contrato internacional como “o que pode ser resultado do fato de serem signatários de uma convenção internacional que imponha certa definição”.

O conceito de contrato internacional é uma tarefa cada vez mais discutida entre os doutrinadores, pois a sua definição é de suma importância para o mundo do comércio exterior. Mas ainda podemos acrescentar o conceito trazido por Nazo (1982, *apud*, CRETELLA, 2010, p. 89), de que “o contrato é internacional quando a situação das partes, no que tange à sua nacionalidade ou domicílio o objeto do ajuste, sua conclusão e execução estão conexos a diversos sistemas jurídicos”.

Porém o que traz como diferente entre eles é que nos contratos internacionais as cláusulas que discutem questões com relação à capacidade das partes, o objeto e até mesmo a conclusão deste contrato, estão sujeitas a mais de um sistema jurídico, isto é, um contratante brasileiro, submetido ao sistema/regime brasileiro, contratando com um contratante alemão, submetido ao sistema/regime alemão.

Daí ser necessária a utilização de um elemento de estraneidade que pode fazer a ligação do contrato a mais de um sistema jurídico. Daí Strenger (2003, *apud*, ENGELBERG, 2007, p. 17) define este elemento de conexão como “o vínculo que relaciona um fato qualquer a determinado sistema jurídico”.

Este elemento indicativo determina o direito substantivo aplicável. O sistema jurídico determinará os pontos de conexão localizando a relação jurídica necessária. Existem obviamente diferenças cruciais entre os sistemas jurídicos de cada país, como exemplo podemos citar que no Brasil o estado e a capacidade são regidos pela lei do domicílio da pessoa, diferentemente do que ocorre na França e na Itália, onde o sistema jurídico considera para tais institutos a nacionalidade da pessoa. Daí o conflito entre as normas de Direito Internacional Privado.

O nosso sistema jurídico por sua vez adota a extraterritorialidade moderada, aceitando a aplicação de direito alienígena, desde que em outro sistema, que não o

brasileiro, seja indicado pelas regras de conflito consubstanciadas nos artigos 7º ao 15º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Art. 7º ...

§ 7º Salvo o caso de abandono, o domicílio do chefe da família estende-se ao outro cônjuge e aos filhos não emancipados, e o do tutor ou curador aos incapazes sob sua guarda.

§ 8º Quando a pessoa não tiver domicílio, considerar-se-á domiciliada no lugar de sua residência ou naquele em que se encontre.

Art. 8º Para qualificar os bens e regular as relações a eles concernentes, aplicar-se-á a lei do país em que estiverem situados.

§ 1º Aplicar-se-á a lei do país em que for domiciliado o proprietário, quanto aos bens moveis que ele trouxer ou se destinarem a transporte para outros lugares.

§ 2º O penhor regula-se pela lei do domicílio que tiver a pessoa, em cuja posse se encontre a coisa apenhada.

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 do ato.

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

Art. 10. ...

Art. 11. As organizações destinadas a fins de interesse coletivo, como as sociedades e as fundações, obedecem à lei do Estado em que se constituírem.

§ 1º Não poderão, entretanto ter no Brasil filiais, agências ou estabelecimentos antes de serem os atos constitutivos aprovados pelo Governo brasileiro, ficando sujeitas à lei brasileira.

§ 2º Os Governos estrangeiros, bem como as organizações de qualquer natureza, que eles tenham constituído, dirijam ou hajam investido de funções públicas, não poderão adquirir no Brasil bens imóveis ou susceptíveis de desapropriação.

§ 3º Os Governos estrangeiros podem adquirir a propriedade dos prédios necessários à sede dos representantes diplomáticos ou dos agentes consulares.

Art. 12. É competente a autoridade judiciária brasileira, quando for o réu domiciliado no Brasil ou aqui tiver de ser cumprida a obrigação.

§ 1º Só à autoridade judiciária brasileira compete conhecer das ações relativas a imóveis situados no Brasil.

§ 2º A autoridade judiciária brasileira cumprirá, concedido o *exequatur* e segundo a forma estabelecida pela lei brasileira, as diligências deprecadas por autoridade estrangeira competente, observando a lei desta, quanto ao objeto das diligências.

Art. 13. A prova dos fatos ocorridos em país estrangeiro rege-se pela lei que nele vigorar, quanto ao ônus e aos meios de produzir-se, não admitindo os tribunais brasileiros provas que a lei brasileira desconheça.

Art. 14. Não conhecendo a lei estrangeira, poderá o juiz exigir de quem a invoca prova do texto e da vigência.

Art. 15. Será executada no Brasil a sentença proferida no estrangeiro, que reuna os seguintes requisitos:

- a) haver sido proferida por juiz competente;
- b) terem sido os partes citadas ou haver-se legalmente verificado à revelia;
- c) ter passado em julgado e estar revestida das formalidades necessárias para a execução no lugar em que foi proferida;
- d) estar traduzida por intérprete autorizado;
- e) ter sido homologada pelo Supremo Tribunal Federal.

A Convenção do México, conhecida como Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos contratos Internacionais, aprovada em 1994 pela conferência (CIDIP¹) sob a égide da OEA e sua assembléia Geral, traz em seu artigo 1.1, mais precisamente em sua primeira parte, um texto convencional instituindo que “esta convenção determina o direito aplicável aos contratos internacionais”, e na segunda parte do mesmo artigo 1.2 vislumbra-se o conceito de contratos internacionais, como segue:

Art. 1.2 – Entende-se que um contrato é internacional quando as partes no mesmo tiverem sua residência habitual ou estabelecimentos sediados em diferentes Estados-Partes ou quando o contrato tiver vinculação objetiva com mais de um Estado-Parte.

Jaeger (2011, p. 91) aponta dois critérios a serem considerados na internacionalidade de um contrato, que seria a residência habitual ou estabelecimento sediados em diferentes Estados-partes e a vinculação objetiva com mais de um Estado-parte.

No primeiro critério JAEGER esclarece, utilizando de relatórios das Reuniões entre os presentes na confecção da Convenção do México, que quando uma das partes tem estabelecimentos comerciais em mais de um Estado-Parte, a internacionalidade do contrato será determinada com base na sede do estabelecimento que tenha relação mais estreita com a obrigação.

Já o segundo critério, caracteriza-se pela aplicação de mais de um sistema jurídico, ou de mais de uma norma de diferentes Estados-partes.

Basso (1998, p. 17) conceitua contratos internacionais conforme o direito internacional privado define, ou seja, o contrato é internacional quando apresenta um elemento estrangeiro, ou seja, quando há conflito de leis no espaço.

Na visão de Maristela (1998, p. 18), os contratos internacionais do comércio seriam “aqueles de natureza privatística relacionados à exportação de bens e serviços de um país a outro”. Estes contratos se apresentam de várias formas e modalidades, como o contrato de agência (representação comercial), entre proponente e agente, compra e venda, contrato de *joint venture* e associação

¹ As Conferências Especializadas são reuniões intergovernamentais destinadas a tratar de assuntos técnicos especiais ou a desenvolver aspectos específicos da cooperação interamericana e são realizadas quando o determine a Assembléia Geral ou a Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores, por iniciativa própria ou a pedido de algum dos conselhos ou Organismos Especializados.

(pessoa jurídica de direito privado não estatal), de prestação de serviços, de licenciamento, de know-how ou transferência de tecnologia, de transporte marítimo, de locação de equipamentos, de arrendamento mercantil (*leasing*), de franquia (*franchising*), dentre outros.

Cretella Neto (2010, p. 87) simplifica dizendo que mesmo que o contrato nacional, interno, seja celebrado entre estrangeiros, a lei que regerá o contrato será a lei interna do país onde foi assinado, e obviamente onde deverá ser executado. Nesse sentido o contrato internacional “deflui do intercâmbio econômico entre agentes localizados em vários estados”, mas que não se resumem necessariamente e exclusivamente por critérios geográficos ou espaciais, podendo os sistemas jurídicos destes servir de “ponto de partida da análise da questão”, mas tendo que ir muito além disso para se considerar qual legislação deverá ser aplicada.

Referido autor ressalta que “não existe um Código de Contratos Internacionais, que possa ser nas relações do mundo inteiro aplicado, nem mesmo um instrumento jurídico regional em vigor”. E por isso segundo ele, cada contrato internacional se sujeitará á uma determinada disciplina, seja isoladamente ou em conjunto, dependendo da sua situação, seguindo um quadro feito pelo mesmo, como denotamos abaixo.

- De uma convenção internacional que lhe seja, eventualmente, aplicável;
- Não sendo o caso de aplicação de uma convenção, ou para questões não abrangidas pela convenção aplicável, pelo Direito nacional, conforme escolhido pelas partes ou determinado pela aplicação das normas de conflitos de leis; e
- Nas mesmas circunstâncias, pelos usos e costumes do comércio internacional, a título exclusivo, quando as partes puderem descartar a aplicação de qualquer Direito nacional, ou, a título subsidiário, para integrar as lacunas da convenção ou do Direito nacional aplicáveis. (CRETILLA NETO, 2010, p. 87)

A Convenção de Viena de 1980, em seu artigo 10, conceitua o contrato internacional como:

Em El caso de que una las partes tenga más de una establecimiento, se tendrá en cuenta aquel que guarde La relación más estrecha com El contrato y su cumplimiento. Caso de que cualquiera de las partes careciese de establecimiento se atenderá a su residencia habitual (art. 10).

Traduzindo ao português temos o Artigo 10 para os fins da presente Convenção: que (a) quando uma parte tiver mais de um estabelecimento comercial,

será considerado como tal aquele que tiver relação mais estreita com o contrato e com sua execução, tendo em vista as circunstâncias conhecidas pelas partes ou por elas consideradas antes ou no momento da conclusão do contrato; e (b) se uma parte não tiver estabelecimento comercial, considerar-se-á sua residência habitual.

1.5 Objeto do Direito Empresarial em conflito com o princípio da autonomia da vontade

As necessidades das pessoas de consumir bens e serviços, seja para vestuários, alimentação, saúde, educação, lazer dentre outras, são necessidades que movem organizações econômicas especializadas e negociadas no mercado.

Tais organizações especializadas produzem estes bens e serviços de forma estruturada, por pessoas que possuem vocação para administração e congruência entre determinados elementos, chamados fatores de produção. Estas pessoas são atualmente chamadas de empresários e estão constantemente se engendrando simplesmente por enxergarem nesta situação, grande chance de obterem lucro.

Levando por este prisma, fazer a congruência harmônica e objetiva dos fatores produção se torna o desafio do empresário, isto é, este deverá trabalhar no sistema capitalista com os quatro fatores de produção. São eles: capital, mão-de-obra, insumo e tecnologia.

Capital sendo o recurso financeiro em espécie, moeda corrente ou estrangeira, próprio ou adquirido por financiamentos. Mão de obra como recurso humano empregado na atividade essencialmente, sendo os funcionários, com vínculo empregatícios ou terceirizados, isto é, prepostos do empresário, que falam por ele, trabalham coordenados por ele e renumerados pelo mesmo. Insumo como recursos materiais como a matéria-prima empregada na atividade, as mercadorias, o maquinário, bens móveis ou imóveis, o estabelecimento como um todo e qualquer material que seja empregado na atividade do comércio.

Enfim, a tecnologia, sendo esta própria ou adquirida, tem papel importante entre os fatores de produção para se atingir o objetivo esperado. Exemplo de tecnologia adquirida que vem se mostrando exitosa seria o contrato de franquia ou de transferência de tecnologia. Neste tipo de contrato, o franqueador transfere, onerosamente, uma tecnologia ao empresário/franqueado devidamente testada e comprovada, o que resulta em grande perspectiva de êxito na empreitada comercial.

O aporte de *capital* seja tal investimento, oriundo de recursos próprios ou alheios, somados à compra de insumos, sejam estas matérias-primas necessárias a atividade específica, de forma inteligente, necessária ou útil a esta atividade, juntamente à contratação de mão-de-obra qualificada e atualizada, cada vez mais necessária e escassa atualmente, aliado ainda à aquisição e emprego de tecnologia, própria ou alheia, na criação, produção e negociação da atividade são os desafios, ou até mesmo requisitos para se obtenção do sucesso empresarial, conceituando a palavra sucesso da forma que Mamede (2008, p. 12) em seu Manual de Direito Empresarial bem explana, “a palavra sucesso é aquilo que se sucedeu, que aconteceu. Idéia de suceder como seqüência de eventos que se sucedem até culminar no resultado desejado”.

Os riscos de se obter sucesso e prejuízos são evidentes e aumentam ainda mais levando-se em conta a concorrência interna e externa imposta pela globalização.

Para se obter esse sucesso, o empresário terá que obter conhecimentos específicos sobre contabilidade, administração de empresas, economia, finanças dentre outros, bem como experiência de vida para justamente mensurar estes riscos evitando que as expectativas de ganho se frustrem dando lugar à perda de todos os recursos financeiros, humanos, materiais e tecnológicos investidos.

O Direito Empresarial tem o intuito de justamente cuidar deste desafio de realizar atividade empresarial cuja atividade chamada empresa é puramente econômica, profissional e organizada para o fornecimento de bens ou serviços.

Estudar os meios socialmente estruturados de superação dos conflitos de interesses envolvendo empresários ou relacionados às empresas que exploram é o objeto do Direito Empresarial, também chamado de Direito Comercial ou Direito Mercantil.

1.6 O empresário conceitualmente ante a afronta do interesse público

O novo Código Civil Brasileiro, lei 10.406 de 10 de janeiro 2002 traz a tradução de um conceito de empresário bastante atualizado e adequado para o mercado globalizado, concorrido e exigente atual, mas precisamente em seu artigo 966, transcrito abaixo:

“Artigo 966, Código Civil – Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”.

Deste conceito salientam-se os elementos de profissionalismo, atividade econômica e produção ou circulação de bens ou serviços.

Ser profissional na concepção de Coelho (2011, p. 22) seria a junção de três situações. O profissional é aquele que exerce sua atividade *habitualmente*, isto é, não eventualmente, não esporádico, organizando episodicamente a produção de certa mercadoria ou prestação de serviço no mercado. Se configurar apenas um teste, para ver se é algo que terá apreço ou não, então não se configurará empresário ainda.

Profissional é aquele ainda que possui personalidade, no sentido em que o empresário deve contratar mão-de-obra fiscalizando-a, atualizando-a e coordenando-a, exercendo verdadeira função social, pois gera emprego que é fonte significativa de expectativa de vida e melhoria da mesma. Tal mão-de-obra, além de se configurar um dos fatores de produção a ser organizado pelo empresário é também de suma importância para o exercício da atividade empresarial.

E mais, apesar da maioria das pessoas acharem que profissional é aquele sujeito que se mostra competente no que faz, mas ser profissional é isso também, isto é, profissional é quem tem monopólio de informações, sabendo lidar com as mesmas no dia a dia de forma atualizada e objetiva.

Seguindo os elementos do conceito de empresário, *empresa* seria a própria atividade. Sentido da atividade exercida pelo empresário. Paralelamente, podemos citar que a atividade de quem salva vidas com receituário de medicamentos e cirurgias, o médico, seria a medicina. E a atividade de quem produz econômica, organizada e profissionalmente bens ou serviços, o empresário, seria empresa.

Econômica, com intenção de se obter lucro. A atividade empresarial só existe para a extração de ganhos, acúmulo de capital, uma vez considerada a referida necessidade de todos terem de consumir bens ou serviços úteis, supérfluos ou necessários.

E por fim, atividade esta, organizada. Pois o empresário deverá organizar os quatro fatores de produção harmonicamente como visto anteriormente. (COELHO, 2011, p. 22)

No mesmo dispositivo do código civil, ou seja, no referido artigo 966 denota-se em seu parágrafo único que o legislador tratou de não considerar determinadas atividades como empresarias. Senão vejamos:

Artigo 966, Código Civil – ...

Parágrafo único - Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

Por força deste artigo o exercente de atividade laboral intelectual científica, como o advogado e o médico, literária, como o doutrinador autor de livros e poetas, e artísticas, como o pintor de esculturas e quadros de artes, não serão considerados empresários, mesmo que contratem algumas pessoas como colaboradores e ajudantes de sua profissão. (COELHO, 2011, p. 35-36)

Porém, o mesmo parágrafo, em sua segunda parte trás uma hipótese de exceção, em que estes profissionais intelectuais poderão ter suas profissões como mero elemento de empresa o que caracterizaria uma atividade empresarial.

É o que ocorre com um médico que inicialmente possui um consultório e contrata uma secretária para atender os pacientes que o procura pela sua formação, pela sua dedicação, pela sua competência. Este médico exerce profissão intelectual não empresária. Se posteriormente, o mesmo médico, investe capital na construção de um verdadeiro hospital, com várias especializações de diferentes profissionais, contrata enfermeiros, serviços gerais, farmaceuticos, administradores, recursos humanos, departamento de Raio X, UTI, e organiza os quatro fatores de produção sendo a sua profissão um dos elementos dessa organização econômica especializada, este passa a ser considerado empresário. (idem)

Lembre-se que quando o artigo 966 do novo código civil preceitua a palavra empresário, se refere tanto ao sujeito que se aventura no empreendimento de atividade sozinho como a pessoa jurídica formada por sócios que juntaram esforços criando uma sociedade empresária, neste caso, o empresário não é o sócio integrante ou majoritário, mas sim a pessoa jurídica, como ente criada na obtenção de direitos e deveres, pelo registro da mesma.

1.7 Atividade empresarial e contratos empresariais

A empresa não vive isoladamente, sem a congruência de outras partes. Ela se envolve necessariamente com a sociedade que a rodeia e atinge inclusive qualquer parte do mundo diante da globalização na economia contemporânea. Não se admite assim a existência de uma empresa confinada em suas fronteiras desligada do mundo que a cerca.

As relações estabelecidas entre os entes que atuam no mercado são comumente essenciais para a evolução das empresas como entes especializados na produção e circulação de bens e serviços e na concretização de seus objetivos lucrativos. “A empresa não apenas “é”; ela “age”, “atua”, e o faz principalmente por meio dos contratos.”

Todas as transações em rede de relações contratuais são tecidas pelos agentes econômicos chamados empresários. “O mercado [...] é feito de contratos, os contratos nascem do e no mercado”. (ROPPO, 1998, *apud*, FORGIONI, 2010, p. 26)

Na dicção de Roppo (1998, *apud*, FORGIONI, 2010, p. 26), “na economia moderna, é o contrato, acima de tudo, que cria a riqueza.”

Então, o ponto principal acaba voltado para o agente que pratica atos, e não para as suas relações com terceiros (celebração de contratos).

1.8 Mercado e rede contratual

Caminhando pela idéia de que o emaranhado mercantil concretiza-se através dos contratos, justamente para se compreender o mercado, e entender a função do direito na formatação e regramento jurídico destas relações, primeiramente temos que considerar que as empresas consigna contratos com as mais diversas categorias de entes econômicos: Consumidores, Estado, trabalhadores e assim em diante.

Classifica-se o seu perfil de acordo com o sujeito que ela se relacionar. Pode-se dividir muitos grupos de contratos, sendo que cada um definirá especificações distintas e por isso se fará necessária regulamentação específica para cada um deles.

No tocante aos empresarialistas, os contratos interempresariais, sendo *aqueles celebrados entre empresas*, também chamados por Coelho (2011, p. 37) de *contratos mercantis* (v.3, 5) são os que merecem maior atenção.

Assim, excluindo desta análise os contratos celebrados entre os consumidores, pois a presença de uma única empresa na relação não mais basta para atribuir comercialidade ao contrato, sendo necessário a exclusividade de empresas envolvidas no contrato. (FORGIONI, 2010, p. 34)

1.9 Categoria autônoma dos contratos empresariais

Já no código comercial brasileiro de 1850 existia um título de número “V” que trazia o tópico [“Dos Contratos e Obrigações Mercantis”] e tinha em seus artigos 140 às 286 os tipos contratuais daquela época, ampliados posteriormente por leis especiais esparsas ou incorporadas pelo costume brasileiro.

Mas isso não trazia aos contratos mercantis uma conotação de categoria incontestavelmente autônoma, ou que possuía regimento de princípios próprios que se adaptavam conforme a seqüência de funcionamento do mercado. Resumia-se no máximo à conclusão de que nestes contratos as partes tinham intuito de lucro em função de sua atividade.

Freitas (1997, *apud*, FORGIONI, 2010, p. 39-40) defende que as regras gerais atinentes aos contratos mercantis presentes no título V do Código Comercial

...foram só motivadas pela pobreza do nosso Direito Civil Pátrio” [...], e não por que – para os contratos em geral – hajão, ou deverão haver, disposições excepcionaes no Direito Commercial. A prova está, em que são do Direito Civil todas as disposições dos arts. 121 às 139, impostas no Código como de Direito Commercial pelas costumadas exagerações dos aspectos parciaes. [...] De taes exagerações, aliás destinadas ao bem das excepções do Direito Commercial, resulta mal para as interpretações do Direito Civil, tirando-se-lhe o que lhe pertence, e minando-se-lhe as bases de sua constante applicação.

Ferreira (1999, *apud*, FORGIONI, 2010, p. 40) traz à tona essa unificação reforçando ainda mais o descaso pela teoria geral dos contratos mercantis, dizendo que “Não difere, com efeito, essencialmente, a obrigação comercial da civil. Não se distingue a relação jurídico-comercial de qualquer outra. A essência é sempre a mesma.”

Inobstante sua identidade finalística, não havia razão para se fazer análise de estudos sobre os dois sistemas de contratos, separadamente. Restava estudar apenas a individualização dos tipos contratuais. Observa-se desta forma, que o estudo dos contratos comerciais, no enfoque do mercado – onde se consegue a

força e sentido – exige sejam eles considerados como categoria autônoma e unitária, não sendo didático um estudo tipo a tipo como a doutrina costuma realizar.

Neste sentido, Forgioni (2010, p. 219-226) traça diretrizes para os contratos empresariais e alinha-os aos contratos mercantis, isto que ambos tem por **escopo o lucro**, ou vantagem econômica; **exercem, ainda, a função econômica**, pois o negócio deverá desempenhar determinada função que os contratantes desejem diante de sua vinculação no contrato; Deve-se também verificar os **custos de transação**, para que na contabilização dos ganhos se alcance a vantagem acima do que fora investido na transação, levando em conta a sua necessidade e escolha; E mais, deve mesclar a **prática e os contratos empresariais**, uma vez que os contratos nascem da prática dos comerciantes e quase nunca de normas específicas e criadas pelas autoridades desconhecedoras do mercado; E por último, liga-se ao **oportunismo e vinculação** que oferece a possibilidade do comerciante vislumbrar uma outra negociação com outro comerciante caso fosse interessante e ao mesmo tempo criar certa vinculação com a outra parte como seu parceiro comercial.

A doutrinadora cita ainda como vetor de funcionamento dos contratos mercantis a racionalidade limitada, os desvios de pontos controvertidos, a incompletude contratual, o ambiente institucional, a segurança jurídica dentre outros vetores que cominam com a formação dos contratos empresariais.

1.10 A hermenêutica das negociações mercantis

Até meados da década de 80 existia uma idéia positivista que inibia a doutrina empresarial de focar a interpretação dos engessados negócios empresariais, vez que se limitava a simples aplicação da lei sobre eles sem verificar possíveis variantes autênticas e válidas entre os contratantes. Cumpria ao legislador exclusividade na interpretação e aplicação dos efeitos do contrato empresarial, o Poder Judiciário só recentemente passou a atuar como intérprete desses negócios jurídicos.

O que era mais intrigante nesta visão engessada da interpretação deste tipo contratual, não era necessariamente as lacunas da lei e seus textos obscuros, mas sim a visão que se passava de que uma parte neste contrato buscava o lucro – o que ocorre até hoje como pudemos ver anteriormente – mas que a outra parte, necessariamente sofria uma perda ou prejuízo.

Não há de considerar a possibilidade de se tratar ou interpretar a relação entre um fornecedor e um distribuidor, da mesma forma jurídica que uma relação entre um fornecedor e um consumidor, pois este último se aplica legislações voltadas ao consumidor, considerado parte mais fraca na relação, o que não se denota na primeira relação citada, vez que entre empresários deve se considerar pressupostos de funcionamento do sistema sendo eles a boa-fé, usos e costumes, custos de transação necessidade de segurança e previsibilidade para o tráfico, tutela do crédito, e logicamente, como vimos anteriormente, a função econômica que a negociação deve buscar diante de uma interpretação da mesma.

Podemos citar como regras básicas na interpretação dos *liames mercantis* ou empresariais, sistematizadas inicialmente no Brasil, por Pothier em 1761 e traduzida para a língua portuguesa em 1835 por Corrêa Telles, passando posteriormente por Cairu, ainda pelo Código Napoleônico e o Código Comercial de 1850 em seu artigo 131, temos a primeira regra de Pothier² citado por Forgioni (2010, p. 219 à 220):

“Primeira regra: Nas convenções mais se deve indagar qual foi a intenção *commum* das partes contrahentes, do que qual he o sentido *grammatical* das palavras”. (FORGIONI, 2010, p. 222)

Sobre esta primeira regra é salutar a idéia de se respeitar o desejo *comum* entre as partes e não necessariamente a intenção das partes, o que se percebe uma causa objetiva que tem a ver com os usos e costumes comerciais.

Seguindo a seqüência de regras de Pothier (*apud*, FORGIONI, 2010, p. 223) quando o mesmo determina:

“Segunda regra: Quando huma cláusula he susceptível de dous sentidos, deve entender-se naquelle, em que ella póde ter effeito; e não naquelle, em que não teria effeito algum”.

Assim, como salienta Forgioni (2010, p. 223), o contrato deve se ater à função econômica buscada entre os contratantes sob pena de estar negando seu pressuposto de existência ou vetor de funcionamento do negócio jurídico. O contrato não pode ser entendido como atividade de deleite, mas sim atingir o objetivo comum de aferirem lucro ou vantagem econômica diante a avença realizada entre ambos.

² POTHIER sistematizou a evolução das regras de interpretação contratual no Brasil que fora editada em 1761 e traduzida para a língua portuguesa em 1835 por Corrêa Telles, passando pelo Código Napoleônico e desembocando no Código Comercial de 1850. v. FORGIONI, Paula A. **Teoria dos contratos empresariais**. 2. ed. revista. São Paulo: RT. 2010. p.219 à 220.

Na terceira regra, Pothier (*idem*) traz à tona a importância da natureza do contrato para a tipificação social ou efeitos que tal contrato normalmente traz, senão vejamos.

“Terceira regra: Quando em hum contracto os termos são suscetíveis de dous sentidos, devem entender-se no sentido que mais convém à natureza do contrato”. (FORGIONI, 2010, p. 223)

Já na quarta regra, Pothier (*bis in idem*) valoriza os usos e costumes como pautas de hermenêutica pura e não somente como fonte jurídica para simples criação de normas jurídicas vinculantes, e que se vislumbra no corpo literário da regra.

“Quarta regra: Aquilo que em hum contracto he ambíguo, interpreta-se conforme o uso do paiz”. (FORGIONI, 2010, p. 224).

Mais uma vez os usos irão suprir as lacunas dos contratos que são necessárias quando não se compreendem as vontades reais dos contratantes, ou não se alcança a racionalidade e a função econômica do negócio avençado, e em harmonia com o mercado, isto posto da quinta regra abaixo descrita.

“Quinta regra: O uso He de tamanha authoridade na interpretação dos contratos; que se subetenderem as cláusulas do uso, ainda que se não exprimissem”. (FORGIONI, 2010, p. 225)

Sob a idéia de que o negócio Jurídico avençado no meio mercantil deve se expressar racionalmente buscando um resultado ou função única, ou função econômica com causa ou propósito unitário, é a tônica da unicidade deste tipo contratual trazida na sexta regra, abaixo em destaque.

Sexta regra: Huma cláusula deve interpretar-se pelas outras do mesmo instrumento, ou ellas precedão, ou ellas se sigão áquella.

Sétima regra: Na dúvida huma clausula deve interpretar-se aquelle que tem estipulado huma cousa, em descargo daquelle que tem contrahido a obrigação. (FORGIONI, 2010, p. 225)

Na ordem das regras editadas por Pothier (*bis in idem*), como se fez postado acima a sétima regra, o fato importante de que o sujeito que se encontra em situação melhor posicionada do que o outro com quem contrata, deve sofrer o prejuízo no caso de haver dúvidas a respeito no contrato realizado, pois o mesmo teve a oportunidade de melhor explaná-lo quando de sua confecção.

Oitava regra: Por muito genéricos que sejam os termos em que foi concebida uma convenção, Ella só comprehende as cousas, sobre as quaes parece que os contrahentes se propozirão tratar, e não as cousas em que elles não pensárão. (FORGIONI, 2010, p. 226)

A proibição interpretação extensiva é notória na visão interpretativa de Forgioni (2010, p. 226), que ressalta novamente que o que deve imperar é a função econômica do contrato, pois o que se busca no contrato pelos seus consignantés é o que deve ser levado em conta e nada mais do que isso.

Nona regra: Quando o objeto da convenção He huma universalidade de cousas, comprehende todas as cousas particulares que compõem aquella universalidade, ainda aquellas de que as partes não tivessem conhecimento. (FORGIONI, 2010, p. 226)

Focando o objeto do contrato, e sua proteção jurídica, em se tratando de um objeto com discriminação não específica mas sim universal, o que faz com q caso um contrato cite o objeto generalizando o mesmo, deve se entender fazer parte do contrato todo e qualquer parte integrante daquele objeto, mesmo que o outro contratante nem soubesse que existia tais partes integrante.

Por último, três regras foram editadas por Pothier citado por Forgioni (2010), cujas regras determinavam as formas para se extrair dos contratos os reais interesses dos contratantes no momento em que realizaram o contrato, senão vejamos as três ultimas regras.

Décima regra: Quando em hum contracto se exprimio hum caso, por causa da dúvida que poderia haver, se a obrigação resultante do contracto se estenderia áquelle caso; não se julga por isso ter querido restringir a extensão da obrigação, nos outros casos que por direito se comprehendem nella, como se fossem expressos. (FORGIONI, 2010, p. 226)

Undécima regra: Nos contractos, bem como nos testamentos, huma cláusula concebida no plural se distribue muitas vezes em muitas cláusulas singulares. (FORGIONI, 2010, p. 227).

Se as formas extraíam dos contratos os interesses reais dos contratantes no momento em que realizaram o contrato o alcance da vontade real das partes era então sacramentado.

1.10.1 A hermenêutica das negociações mercantis no Código Comercial de 1850

Ainda parcialmente vigente Código Comercial Brasileiro de 1850, vez que o comércio marítimo ainda está regulado pelo antigo instituto, confere-se no artigo 131, então revogado pelo atual Código Civil – lei 10.406/2002 – algumas importantes contribuições até hoje influenciáveis na interpretação e congruência dos contratos, senão contemplamos o referido artigo.

Art. 131. Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: 1 - a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras; 2 - as cláusulas duvidosas serão entendidas pelas que o não forem, e que as partes tiverem admitido; e as antecedentes e subseqüentes, que estiverem em harmonia, explicarão as ambíguas; 3 - o fato dos contraentes posterior ao contrato, que tiver relação com o objeto principal, será a melhor explicação da vontade que as partes tiverem no ato da celebração do mesmo contrato; 4 - o uso e prática geralmente observada no comércio nos casos da mesma natureza, e especialmente o costume do lugar onde o contrato deva ter execução, prevalecerá a qualquer inteligência em contrário que se pretenda dar às palavras; 5 - nos casos duvidosos, que não possam resolver-se segundo as bases estabelecidas, decidir-se-á em favor do devedor.

Deste artigo do antigo instituto jurídico mercantil Forgioni (2010, p. 228) extrai com muita maestria, pontos centrais, são eles: respeito à boa –fé objetiva (e não subjetiva); força normativa dos usos e costumes; vontade objetiva e desprezo pela intenção individual de cada um dos contratantes, tendo em vista as expressões “espírito do contrato” e “natureza do contrato”; comportamento das partes como forma de chegar à vontade comum, ao espírito do contrato; interpretação a favor do devedor; e respeito à autonomia privada.

Forgioni (2010, p. 229) completa ainda projetando as conseqüências relevantes da edição deste artigo revolucionário na questão da hermenêutica dos contratos empresariais, sendo elas a *função econômica do contrato*, que definitivamente assume enorme importância na consideração da vontade comum dos contratantes, a *racionalidade econômica do empresário* levada à cabo na relação contratual, a *proteção da eficiência das decisões empresariais* também considerada como importante fator na interpretação dos contratos mercantis pois leva em conta a preocupação com as decisões que colocam em xeque a segurança e a previsibilidade do mercado, bem como a lógica do sistema.

CAPÍTULO 2

CONTRATOS INTERNACIONAIS DO COMÉRCIO

2.1 A congruência dos contratos e o direito empresarial no Plano Internacional do Comércio

Se por um lado os contratos nacionais possuem regras próprias internas, que atualmente são disciplinas no atual Código Civil Brasileiro, e tendem a manter o equilíbrio das relações particulares contratuais enxergando uma parte ou outra como merecedora de mais proteção do que a outra, o empresário se insere neste contexto ao ser um ente que gera função social ao gerar emprego, impostos e outras situações que fazem o país crescer.

Mas na órbita contratual internacional, mais precisamente no campo comercial, as situações envolvem, por certo, interesses de empresas em países diversos que se sujeitam à regras internacionais que variam de convenção para convenção, e que diferente do que ocorre no plano nacional, não releva tanto o fato de que em uma das partes se encontra um empresário, visto que geralmente tais regras não se atentaram a esta peculiaridade.

2.2 Objeto dos Contratos Internacionais do Comércio

A tônica do negócio jurídico realizado por contrato entre pessoas do comércio que estejam em países diferentes invoca o estudo da nova *Lex Mercatoria*, cuja teoria foi criada por Clive Schmitthof, Alexander Goldstajns e Bertold Goldan em meados da década de 60. Kahn (1961, *apud*, ENGELBERG, 2007, p. 15) criou as fontes, conclamadas por ele de fontes formais que fazem surgir o Direito da sociedade internacional dos vendedores e compradores. Mas segundo Engelberg (2007, p. 15), que cita Kahn em sua obra, contesta a idéia de que tais fontes não podem ser classificadas como fontes formais alegando tais fontes não possuem o pressuposto do “dever-ser”, mas tão somente o “é”, quando na verdade decorre de outro “dever-ser”.

Engelberg (2007, p.15) explica o que vem a ser necessariamente a *lex Mercatoria*, senão vejamos seus escritos datados da Idade Média que nitidamente se ligam aos usos e costumes mercantis.

Propõe essa teoria a tese de que vendedores e compradores têm construído uma figura contratual, a venda comercial internacional que constitui uma verdadeira carta, base da sociedade extra-estatal e internacional que eles formam.

A doutrinadora quis provar, citando ainda os ensinamentos de Kelsen (1984, p.268-269) que as fontes criadas por esta relação não são necessariamente formais, pois não se enquadram na idéia do “dever-ser”, se enquadram na expressão do “é” quando é oriundo do “dever-ser”.

2.3 A autonomia da vontade nos Contratos Internacionais do Comércio

Considerando o entendimento do primeiro capítulo desta dissertação de que o princípio da autonomia da vontade consiste no poder das partes de estipular livremente, como melhor lhes convier, mediante acordo de vontades, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica, envolvendo, além da liberdade de criação do contrato, a liberdade de contratar ou não contratar, de escolher o outro contraente e de fixar o conteúdo do contrato, limitadas pelas normas de ordem pública, pelos bons costumes e pela revisão judicial dos contratos.

Daí discutir nos contratos internacionais do comércio como instituto que consagra a possibilidade de considerar dois ou mais sistemas jurídicos neste negócio jurídico.

2.4 Histórico

2.4.1 Problemas dos conflitos de leis nos Contratos Internacionais

No que pertine aos contratos nacionais, não há dúvida quanto a lei aplicável, onde todos os fatores concernentes a estes tipos de contratos - execução, conclusão, partes, negociações, cláusulas e afins - estarão sujeitos diretamente à legislação local.

Quando falamos sobre uma das teorias do contrato, que diz que ele é ‘resultado de um acordo de vontades’ deveremos saber que, só será válido, se estiver de acordo com a lei local. Sempre este ‘acordo’ de vontades deverá ser negociado de acordo com o ordenamento jurídico, e com suas definições claramente definidas.

Cretella Neto (2010, p. 235) expõe com exatidão como os contratos nacionais são regidos:

Aplicam-se aos contratos privados, nos países de tradição romanística, o Código Civil e o Código Comercial, ou um sistema codificado que reúna esses dois ramos jurídicos. Certas espécies contratuais – contratos bancários, locação, *franchising*, *leasing*, *factoring* – são frequentemente objeto de leis especiais, em cada país, valendo os códigos como “lei geral”.

Ao se falar de contratos internacionais, nota-se que o problema é muito mais complexo. Mesmo dizendo que a ‘*liberdade das convenções*’ é a regra a ser adotada, claro, dentro de limites com certo grau de amplitude, podem os interessados particulares estabelecer regulamentações contratuais representando interesses privados.

Claro, há exceções, pois há disposições imperativas, e além disso, a liberdade de firmar contratos não é absoluta, mas sim condicionada por tempo e natureza do estipulado. Ambos os fatores citados anteriormente devem ser legais e se adequarem ao tipo de contrato que se pretende fazer.

O problema do conflito de leis surge quando existe mais de um sistema jurídico regulando o contrato. Aquele que interpreta este contrato sempre se depara com um grande problema: qual lei aplicar? Esta indagação não é atual, ela já existe há muitos séculos.

A escola italiana é vista como o mais moderno entendimento a respeito dos conflitos de leis. Um incidente envolvendo duas cidades-estado italianas aconteceu na Idade Média, e ficou claro na conclusão deste episódio que um determinado cidadão de uma das cidades-estado não estaria sujeito as leis da outra. Assim ficou o questionamento: a aplicação extraterritorial das leis poderia ser aplicada?

A Itália começou a creditar esta hipótese, e daí partiu as primeiras idéias do Direito Público. A escola estatutária holandesa tratou de aprofundar-se no assunto. Os holandeses ficaram conhecidos por basear-se no princípio da territorialidade. A escola francesa também embarcou no assunto, e houve o interesse em também analisar os conflitos relativos aos costumes já enraizados em um Estado forte.

Dois importantes juristas do Séc. XIX trataram sobre o assunto. São eles Joseph Story e Carl Von Savigny. O primeiro é americano, e ficou conhecido como criar uma teoria ligada aos conflitos entre Leis e estados federados. Já o segundo é alemão, onde teve sua principal obra – *System des heutigen römischen Rechts* –

sendo a referência doutrinária para a criação do Código Civil Alemão (CRETELLA 2010, p. 235).

Story citado por Cretella (2010, p. 235) fez uma grande contribuição para solucionar os problemas enviados aos tribunais americanos. Ficou implícito na oportunidade uma tradição angloamericana, que diz: “os conflitos de jurisdição precedem os conflitos de leis”. Com isso, o princípio da territorialidade estabelecido pela escola holandesa foi deixado de lado. Essa teoria ganhou seguidores da Inglaterra, e foi a primeira ideia dada sobre o Direito Internacional Privado.

Savigny rompeu com a conhecida escola dos estatutos. O jurista voltou a falar sobre os problemas relacionados aos conflitos de leis, e passou a analisar situações jurídicas específicas. O método adotado pelo alemão baseava-se em analisar e identificar a relação jurídica correta, após isso fixar um foro, e depois disso mostrar em qual lei a relação jurídica será aplicada.

Pasquale Stanislao Mancini, anos mais tarde, novamente usou o método dos estatutos, mas introduzindo duas novidades: deu maior relevância ao *critério da personalidade* do que ao *princípio da territorialidade*, e transferiu as matérias que Story e Savigny vinculavam a lei do domicílio para a lei nacional (Código Napoleônico).

Desta forma, um internacionalismo militante passou a ser visto. Um método universal de solução de conflitos de leis foi proposto. Este método afirmava que o indivíduo deve ser submetido as leis de seu Estado e nacionalidade. Mesmo assim, até o fim do século XIX, não havia distinção entre Direito Internacional Público e Direito Internacional Privado.

O Direito Internacional Privado só passou a ser visto autonomamente no fim do século XIX. Franz Kahn e Étienne Bartin foram os responsáveis por tal feito. Essa parcela do direito foi colocada pelos juristas, diferente do proposto por Laurent e Savigny, sobre o positivismo, propriamente dito o pluralismo estatal. As teses são parecidas, mas não se confundem. O direito aplicado pelos primeiros citados afirma uma originalidade da disciplina direcionada ao direito interno. Desta forma o Direito Internacional Privado passou a ser observado de forma mais independente de uma visão geral do coletivo.

Segundo a escola de Kahn e Bartin, o Direito Internacional Privado é parte integrante do Direito Interno de cada país, e por ele é saturado. Desta maneira, não se via uma harmonia para a solução dos problemas, e nem uma igualdade nas

fórmulas de vinculação. A visão por este lado mostrou os defeitos do positivismo, com graves vícios: perspectiva civilista pura, e curtíssimo e exagerado campo de relações civis que engloba.

O Direito Público Europeu foi ignorado pelos citados, este direito regulava as relações jurídicas privadas na época. Eles também deixaram de lado muitas tentativas de união do direito comercial europeu (*Law Merchant*). Sobre este ponto, Cretella Neto (2010, p. 239) complementa:

Por outro lado, a unificação das regras de conflito por meio de tratados internacionais sobre a lei aplicável teve o condão de transformar a designação da lei aplicável em uma *obrigação internacional* para cada um dos Estados signatários.

Desde então houve evolução dos tratados. Em muitos deles, notou-se principalmente a defasagem dos falsos desejos criados pelo universalismo. As conferências passaram a tratar de novos e diversos assuntos referentes ao Direito Internacional, tanto em matéria cível como comercial. A sociedade mercantil da época visou que o Direito Internacional Privado deveria ser o foco.

No Brasil também havia focos de estudo sobre o tema. Gama e Silva aprofundou no assunto com sua monografia de título *As Qualificações em Direito Internacional Privado*.

A *Law Merchant*³ mostrou que sempre o foco foi criar um Direito autônomo, sem dependência aos direitos dos Estados. Hoje os centros transnacionais e os mercados bancários são os exemplos mais firmes sobre o assunto. As associações comerciais também vem sendo vistas como necessárias, afinal há sistemas jurídicos considerados defasados para lidar com tamanha problemática envolvendo o Direito Internacional. Sobre isso, Cretella Neto (2010, p. 240) explica:

O movimento em direção à independência das normas estatais também explica a criação de inúmeras associações que procuram oferecer contratos-modelo, cláusulas-tipo e métodos para a solução dos litígios entre seus membros no próprio seio. São ordens jurídicas “transnacionais”, no sentido de que incluem participantes provenientes de diversos Estados, ligados por interesses comuns.

³ “Lex Mercatoria” em latim “Law Merchant significa “lei de mercado”. Disponível em: <<http://www.linguee.com/ingles-portugues/traducao/law+merchant.html>>. Acesso em: 19 mai.2012.

A troca de normas de diversos sistemas jurídicos foi notada. O Direito Internacional Privado passou a utilizar-se de fontes de diversos estados, criando assim um novo conceito e deixando de lado o positivismo extremo.

“A intensificação das relações econômicas transfronteiriças fez assomar a consciência da existência de uma sociedade mercantil universal, cuja constituição é inseparável de uma comunidade jurídica”.

Há a necessidade dos contratos estarem orientados por um sistema jurídico já existente. Esse sistema fornece as bases para caso haja situações que precisam tratar sobre determinadas situações.

Hoje o Direito Internacional Privado tem deficiência para abranger a realidade dos contratos internacionais. Seu método busca encontrar disposições para referência, e até mesmo imperativas (como observar o direito do domicílio caso falte o nacional e de residência caso falte domicilio conhecido).

Havia a obrigação de estabelecer pelas partes um local do qual o contrato se baseasse nas normas, e daí problemas de conflito surgiram. Cretella Neto (2010, p. 241) então questionou: “Se não existe ‘contrato sem lei’, a pergunta inevitável, que deveria ser imediatamente formulada é: qual lei se aplica?”

A lei aplicável deveria ser escolhida por ser a que mais atende as partes. A confiança também é importante, pois no desenrolar das negociações ideais culturais e psicológicos podem ser usados. A confiança é fundamental, já que a partir dela os demais problemas podem ser resolvidos através dela.

Parece evidente que, em relação aos contratos internacionais do comércio, a execução e o cumprimento das obrigações assumidas pelas partes se situam num plano multissistemático de vinculação jurídica. E, a não ser nos raros casos de direitos uniformes, não se subordinam a regimes unitários nem se submetem espontaneamente ao ordenamento jurídico de um único Estado.

Quanto a indicação do direito aplicável há a omissão; As partes escolhem o ordenamento que melhor lhes convém. Essas são as duas hipóteses reais e concretas. Quando não há indicação de qual lei aplicar, o contrato acaba sendo colocado no rol de regras do Direito Internacional Privado. Já quando é definida a lei aplicável, basta uma redação bastante simples colocando o ordenamento do país que servirá de referência. Seguindo regras específicas, mais de um ordenamento pode ser usado (esse fenômeno é chamado de *dépeçage*).

É incomum ver um contrato regulamentado por mais de um sistema jurídico na prática. No entanto, temos dois exemplos: operações de alguns derivados (com regulamentação criada pelo ISDA), e em operações diversas de financiamentos de navios.

Com base no princípio da autonomia da vontade, as partes podem, ao menos em tese, escolher livremente a lei aplicável a um contrato internacional, desde que respeitados os limites da ordem pública, dos bons costumes e da soberania de cada Estado, conforme estipula, por exemplo, o art. 17 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro - LINDB. (CRETELLA NETO, 2010, p. 243-244)

A escolha da lei aplicável deve ser tratada pelas partes com precisão. Desta forma haverá uma grande diminuição de riscos posteriores, já que é visto um acordo prévio sobre direitos e obrigações de cada contratante. É claro, também é selecionado o método de como solucionar possíveis problemas relativos a negociação.

2.4.2 O pensamento francês e sua aplicação em casos concretos

No século XIX na França, ficou claro que a vontade das partes era o principal fator para a obrigatoriedade dos contratos. O que se referenciava a formação, lei aplicável, etc., era sempre um acordo entre contratante e contratado.

A *doutrina subjetivista* assim foi consolidada (1910). A vontade das partes era de fato o principal fator jurídico a ser avaliado. Isso, claro, poderia causar problemas. Como exemplo, podemos citar que leis de estados totalmente sem vinculação ao acordo pudessem ser usadas. Leis que iriam contra a ordem pública dos Estados de conclusão ou execução do contrato também não eram proibidas. Diferentes partes dos contratos também poderiam ser regidas por diferentes leis, sem adotar uma em específico.

Com estes problemas, a *doutrina objetivista* e a *teoria da localização* (desenvolvida por Henri Batiffol), passaram a considerar que a localização do contrato, nacionalidade das partes, local de conclusão, local de execução, idioma e outros assuntos relativos passam a ser fundamentais para entendimento de qual lei pode ser aplicada.

A doutrina, pioneiramente exposta por Batiffol, em 1932, representa, portanto, uma concepção unitária das normas de conflito de leis, que, em presença ou não da *electio iuris*, permite ao intérprete ou ao juiz identificar a lei aplicável ao contrato *sub judice*, seguindo um método lógico, eficaz e coerente. Além disso, faz referência às normas imperativas internas com as quais o contrato pode estar mais intimamente vinculado. Segundo essa doutrina, deve-se limitar ao contrato e não levar em consideração elementos que lhe forem exteriores, ainda que tenham influenciado sua elaboração e conclusão.

O autor citado por Cretella Neto (2010, p. 245) Neto propôs então que local de conclusão, execução, idioma do contrato, moeda, nacionalidade ou o domicílio devem ser levadas em consideração ao se tratar da vontade das partes. Daí a extração correta dos elementos do contrato. Batiffol (1932) ainda disse considerar como o mais importante o local de execução do contrato, já que dessa forma seria “o menos fortuito”. Caso o contrato tivesse dois ou mais países onde ocorre a execução, os outros elementos poderiam ser decisivos para a definição do local da execução.

A jurisprudência francesa acolheu fortemente a teoria de Battifol (1932). Mesmo assim, os tribunais franceses divergiram-se, pois o julgamento dos casos específicos foram feitos ora adotando a posição objetivista, ora a posição subjetivista.

Depois de décadas de conflitos sobre o assunto, os tribunais franceses passaram a aplicar, sistematicamente, orientações possibilitando às partes alterarem a lei aplicável através de adendo; rejeitar convenção internacional determinada, reverter a regra de autonomia e convocar um caráter internacional do contrato.

Mesmo assim, muitos julgamentos continuaram a adotar a posição inversa. As regras de conflitos de leis passaram a ser estudadas mais aprofundadamente. Diversos métodos passaram a ser utilizados para ver a lei aplicável quanto ao conteúdo do contrato, segundo os estudos. Já quanto à forma do contrato, os critérios são menos elaborados.

Finalmente, é preciso assinalar que, ao lado de uma doutrina subjetivista e da doutrina objetivista, desenvolveu-se também a chamada *doutrina mista*. Por essa corrente, se a intenção comum das partes puder ser estabelecida, deverá ela prevalecer. A interpretação objetiva entrará em cena apenas na situação em que a intenção comum não puder ser inferida, mas, a seguir, não se deixará espaço para que o intérprete passe a imaginar ou especular aquilo que as partes pudessem ter previsto se jamais se tivessem podido ter consciência do problema. (CRETILLA NETO, 2010, p. 249-250)

A doutrina mista, por fim, passa a ser uma saída interessante, pois se existe uma vontade afim entre as partes e esta pode ser aplicada, não porque se aplicar a teoria objetiva, e neste caso nada poderá ser alegado posteriormente quanto à real vontade de um contratante ou outro.

2.4.3 O Brasil e seu posicionamento

A atual legislação brasileira não reconhece de forma expressa a autonomia da vontade. Com exceção a isso, somente a Lei de Arbitragem Brasileira (Lei 9.307/96). A lei permite com que as partes possam escolher este mecanismo como solução de seus litígios, indicando a forma pela qual ele será julgado.

Ao contrário da legislação, a Lei de arbitragem reconhece a autonomia da vontade em qualquer tipo de contrato nacional ou internacional. Num ponto de vista amplo, vale ressaltar a importância da Arbitragem brasileira, pois o princípio é visto e reconhecido expressamente.

Na realidade, tem-se um mecanismo alternativo à solução judicial, mais lenta, pública e, sem dúvida, onerosa. Que se possa optar pela arbitragem (ou por outro meio alternativo de resolução de litígios) revela inegável avanço no Direito pátrio, tanto por autorizar seu uso, quanto pelo fato de que se começa a superar a percepção, certamente errônea, de que só é legítimo e legal aquilo que é chancelado por um dos Poderes da República. (CRETELLA NETO, 2010, p. 250)

Quando expressa disposição sobre a lei aplicável ao contrato, no Brasil a matéria é regulada pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB, e diz em seu artigo 9º, caput, que “para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.”

Em resumo, quando o contrato é firmado com as partes presentes no acordo, a Lei do Estado em que estiver sendo celebrado o mesmo será utilizada para que possa resolver os possíveis litígios. Quando as partes estão ausentes, o parágrafo segundo da LINDB diz: “A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.”

O elemento citado acima se torna importante no mundo moderno, já que muitos contratos hoje são fechados por meios eletrônicos. Com esta situação em evidência, fica claro que quando não há um manifesto explícito de qual legislação disciplina o contrato, há mais objetividade na hora de definir qual será a lei aplicável a ele.

Em casos nos quais as partes tenham negligenciado a indicação da lei aplicável ao contrato, mas que tenham dado ao tribunal alguma indicação de que norma poderiam ter escolhido, a *proper Law* deve reger o contrato. Essa formulação, que configura a *teoria da vontade tácita*, é devida a Dicey, para o qual a lei mais apta a reger o contrato será aquela que as partes indubitavelmente teriam considerado como a ideal para disciplinar suas relações jurídicas, ao tempo de conclusão do contrato. (CRETELLA NETO, 2010, p. 251)

A antiga LICC (1942) aceitava a fixação das partes por qual direito seria usado em suas relações jurídicas. O texto da lei não deixava explícito o fato, mas o entendimento doutrinário e a jurisprudência mostravam essa visão.

Filkenstein (2004, p. 855-871), em síntese, entende que em nosso ordenamento jurídico, há limitações do princípio da autonomia da vontade. O mesmo encontra algumas barreiras na ordem pública, fazendo assim com que a lei brasileira possa obrigar a parte contratante. Há uma reserva legal para essas matérias.

2.4.4 As convenções sobre Contratos Internacionais

Convenções internacionais foram feitas para tratar do assunto. A autonomia da vontade das partes foi acolhida por algumas delas, mostrando a eficácia do pensamento.

Dentre as convenções podemos citar: a) Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (Viena, 1980); b) Convenção sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais (Roma, 1980); c) Convenção sobre a Lei Aplicável aos Contratos de Venda Internacional de Mercadorias (Haia, 1986); d) Convenção Interamericana de Direito Internacional Privado sobre o Direito Aplicável aos Contratos Internacionais (Cidade do México, 1994).

Todas as convenções citadas acima atestaram uma grande iniciativa para a aceitação geral do princípio da autonomia da vontade.

O Brasil adotou a convenção realizada no México, do qual fez parte. Não houve qualquer questionamento a respeito do decidido na convenção. Com isso, fica claro que o Brasil aceitou o princípio da autonomia da vontade, mas claro, com as restrições explicitadas por Filkenstein (2004).

2.4.5 Foro e lei aplicável

A Lei que deve ser aplicada e o foro que tem competência para julgar o caso podem ou não ser colocadas em uma mesma cláusula do contrato, ou então em diferentes delas. Entre compra e venda de empresas, celebrado o contrato internacional, é comum observar os dois itens em uma mesma cláusula em países que adotam o *Common Law*⁴. Nos países com tradições germânicas e romanas, a situação contrária é mais evidente. Mesmo assim cabe esclarecer que mesmo com as situações sendo diferentes, não há alteração do resultado final.

Com os tratados, também abre-se uma terceira opção na celebração dos contratos: além de escolher entre a lei do estado de origem do contratante ou então de um terceiro estado, pode-se também optar por tornar o contrato regido por alguma convenção internacional.

Mesmo assim, ao se tratar de pontos de conexão, fica complicada a avaliação de qual legislação será usada para reger o contrato. Em alguns determinados momentos, pontos podem ser importantes, porém mais tarde, podem deixar de ser tão necessários.

Diante disso, o intérprete deverá ter tato ao identificar os pontos corretos, e não pode deixar de lado o “*elemento de estraneidade mais relevante para o contrato*” (CRETELA NETO, 2010, p. 256), já que para cada Estado há diferenças entre importâncias dos pontos de conexão.

Essas dificuldades práticas evidenciam claramente que o método clássico do Direito Internacional Privado – de solucionar os conflitos de leis mediante a remissão a determinado ordenamento jurídico interno – está ultrapassado. Existem outros métodos, como os que remetem o intérprete a convenções internacionais, e outros, ainda, que empregam técnicas do Direito Comparado, que resolvem a problemática de maneira mais adequada e com resultados mais eficazes. (CRETELLA NETO, 2010, 250)

Desta forma fica notória outras formas de solução. Como exemplo podemos falar a de um contrato de compra e venda, onde o elemento de estraneidade mais relevante é o do local de entrega dos produtos. Mesmo assim há divergências, que

⁴ Common Law é uma estrutura mais utilizada por países de origem anglo-saxônica como Estados Unidos e Inglaterra. Uma simples diferença com o civil Law, é que lá o Direito se baseia mais na Jurisprudência que no texto da lei. Disponível em: <<http://direitoelegal.wordpress.com/2008/02/28/common-law-e-civil-law/>>. Acesso em: 19 mai.2012.

dizem que a parte credora e a parte devedora precisam considerar cada um seu elemento de estraneidade que melhor se encaixa na sua função do contrato.

No Brasil aplica-se o pensamento da lei do vendedor, ou seja, a prestação típica do contrato é a da entrega da mercadoria, e não a do pagamento da mesma.

Nos contratos internacionais, podem as partes instituírem a arbitragem o que possibilitaria a escolha da lei aplicável ao contrato e a solução de litígio. Mas se não escolherem a lei específica a ser aplicada o árbitro deverá aplicar ao mérito da questão a lei material que julgar apropriada ao caso, conforme preceitua a artigo 17 do atual Regulamento de Arbitragem da Corte de Comércio Internacional (CCI), bem como o artigo 30 do Centro de Arbitragem e Mediação Comercial (CAMCA) da *American Arbitration Association* (AAA), e ainda o artigo 59 do Regulamento de Arbitragem da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), que literalmente confirmam a liberdade das partes de escolherem as normas as serem aplicadas no contrato internacional, mas que caso não a escolham, gozará o Tribunal Arbitral da prerrogativa de aplicar a lei que entender mais apropriada ao caso submetido.

Por outro lado, no tocante ao MERCOSUL, em seu acordo sobre Arbitragem Comercial do MERCOSUL, de 1998, mais especificamente no artigo 10, encontramos uma idéia contrária a esta. As regras de conexão do Direito Internacional Privado serão utilizadas nos contratos internacionais que envolverem os países membros do MERCOSUL, caso estas não tenham estipulada a legislação aplicável em caso de litígio ou controvérsias do mesmo.

Surge a necessidade de discutir quais seriam os limites, os tipos de autonomia que a doutrina expõe e o que os tribunais costumam levar em conta.

O que realmente é considerado como regra é a estipulação da legislação a ser aplicada e o foro a ser utilizado pelas partes em caso de litígio, revisão ou questionamento do contrato, pelas próprias partes. Se elas podem estipular tais cláusulas, o problema surge quando elas não estipulam, deixando para o Juiz, em se tratando de uma ação que por ventura seja ajuizada, ou para o árbitro, em se tratando de uma reclamação na corte de conciliação e arbitragem, decidirem qual legislação será aplicada e qual foro seria competente para julgar o litígio.

Mas antes de adentrar à esta questão, há de mensurar ainda os limites impostos à liberdade das partes de traduzirem suas vontades nas cláusulas dos contratos internacionais, levando-se em conta o respeito aos bons costumes, a

soberania dos estados e ainda a moral. Trata-se da limitação trazida pela *ordem pública*, além da própria limitação das leis imperativas.

O princípio da Autonomia da Vontade derrubou a idéia da “*Lex Loci Contractus*” como vimos anteriormente no histórico, justamente pela decisão de *Cour de Cassation* sobre o caso *American Trading Company c; Quebec Steamship*, nitidamente se vislumbra este fato no enunciado da decisão que traz o texto “O acordo de vontades no qual as partes consolidam sua escolha mútua é denominado “contrato de escolha” (*contrat de choix*), ou *pactum de lege utenda*, ou ainda, de *convenção de electio iuris*.”

Acatado por tratados internacionais como a Convenção sobre a Lei Aplicável às Vendas de Caráter Internacional de Objetos Móveis Corpóreos, da Haia, de 15/06/1955 (artigos 2 e 3), bem como pela Convenção sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais, de Roma, de 19/06/1980 (Artigo 3.1) e ainda pela Convenção sobre a Venda Internacional de Mercadorias, novamente em Haia, de 22/12/1986 (artigos 7 e 10), esse princípio teve de fato seu pioneirismo em 1955 como critério de estipulação da legislação a ser aplicada como verdadeiro instrumento internacional, em Haia, que adota o critério do local da residência habitual DO VENDEDOR, caso falte a definição no contrato sobre qual ordenamento jurídico deverá ser aplicado.

Nesta sequência, a convenção de 1980 de Roma é considerada a de maior importância na evolução do princípio, visto que tem cunho Universal, bastando que as partes estipulem a indicação da convenção no contrato e este seja submetido a um tribunal situado em um Estado contratante. Esta convenção trazia ainda a necessidade das partes exprimirem exatamente e inequivocamente a escolha da lei aplicável e o foro competente, conforme o artigo 3.1 da convenção romana trazia:

“O acordo das partes sobre essa escolha deve ser expressa ou resultar claramente dos termos do contrato e do comportamento das partes, analisados em conjunto”.

Destaque-se que a segunda parte do artigo citado no sentido de que a vontade das partes poderia vir presumidamente baseada nos comportamentos das partes. No entanto, tal critério fragiliza a segurança jurídica do contrato, em razão disso a convenção de Haia em 1986 não foi acolhida tal idéia, justamente pelo seu relativismo ou interpretação incerta.

Ainda sobre esta convenção romana, em seu artigo 3.1 ainda possibilitava a estipulação da lei aplicável ao contrato em sua totalidade ou parcialmente, isto é, pode ser que sobre uma parte do contrato um ordenamento jurídico seria utilizado para dirimir as dúvidas e litígios, mas que em outra parte do contrato outro ordenamento jurídico seria utilizado.

Quanto à possibilidade das partes elegerem uma legislação que não possui nenhum vínculo com o contrato que estão anuindo, existe grande possibilidade de ocorrência de fraude à esta legislação. Para estes casos, que dificilmente se comprova a intenção fraudulenta da parte, sempre poderá ser invocado um limite, nominado de exceção da ordem pública, que enseja na exclusão desta lei a ser imperado sobre o contrato e vindo a aplicar a lei do foro.

Segundo Cretella Neto (2010, p. 250), pode-se apontar três correntes doutrinárias no tocante à autonomia da vontade, e que seriam elas minoritárias, outra mais aceita mas com muitas limitações e/ou restrições e um última, mais aceita, que seria mais flexível e se enquadraria melhor nas exigências do mundo moderno do comércio e da globalização, extraindo de suas escritas:

- uma delas, ora minoritária, é francamente *contrária à autonomia da vontade*, entendo que à relação contratual devam ser aplicadas as regras de conexão do Direito Internacional Privado;
- outra corrente aceita a autonomia da vontade, mas limitada à aplicação de normas supletivas, ou seja, é partidária da *autonomia restrita da vontade*;
- finalmente, corrente mais consentânea com o movimento atual de globalização, que exige flexibilidade, rapidez e adaptabilidade dos contratos e das partes, defende a *autonomia plena da vontade*, limitada somente por considerações de ordem pública e de normas imperativas, as quais, em respeito à soberania dos Estados, não podem ser derogadas *tour court*.

Considerada a melhor corrente esta última trazida pelo doutrinador, pois retrata inclusive a nova ordem de consideração sobre os países emergentes como a Coréia do Sul, a China, a Índia e até mesmo o México, a Argentina, alguns países Asiáticos incluindo o Brasil em se tratando de economia mundial.

Dáí a idéia do conceito de empresário atual trazido no novo código civil brasileiro e em outras legislações de outros países se adaptarem ao dinamismo exigido pelo comércio internacional incluindo aí a não limitação da liberdade das partes em estipularem as cláusulas dos contratos livremente, até mesmo seguindo a idéia de modernismo, globalização, celeridade, segurança jurídica, mas sempre tendo ao menos a limitação dada pela soberania dos estados contratantes e seus

agentes, particulares ou não, sofrendo as limitações internas e externas, a serem analisadas.

Se as partes buscam exprimir nos contratos exatamente o que querem e o que melhor lhes satisfaz, logicamente, na prática o que ocorre é um conjunto de negociações recíprocas, em que uma parte abre mão de alguma coisa em troca de outra que entende ser mais importante, lapidando assim as cláusulas do contrato.

Não se pode por isso afirmar que nos contratos a vontade das partes são exatamente o que elas gostariam que fosse estipulado, mas sim o que elas conseguiram abrir mão em virtude de seus interesses.

Note que, se o vendedor vende o veículo nestas condições, mesmo não sendo sua vontade ter que assumir contratualmente a obrigação de pagamento do imposto sobre o veículo, assina o contrato por entender que é interessante realizar esta concessão por ser mutuante com a idéia da venda que dificilmente se concretizaria em outras circunstâncias.

Neste caso fica implícito que existe uma limitação à autonomia da vontade das partes, classificada como limitação interna, que seria a vontade de uma parte limitando a vontade da outra parte contratante.

Conjuntamente a esta limitação interna, existe ainda limitações externas ao contrato, e está intimamente ligada aos interesses políticos dos Estados que limitam inclusive os Juízes em seus julgamentos, provando que estes também não possuem liberdade irrestrita.

Se considerarmos este lapso entre a liberdade contratual plena e a restrição absoluta às partes, observaríamos *in loco* a atual situação dos contratos internacionais.

As leis imperativas ditam esta limitação à liberdade de contratar quando o contrato, no plano nacional, é regido por leis do território nacional correspondente, o que facilmente se determina.

Já no tocante aos contratos internacionais, as partes sofrem limitações mais complicadas de se determinar, vez que existem mais de uma ordem jurídica a ser considerada, inserindo nestas até mesmo as regras de conflito de cada um destes ordenamentos.

Se inicialmente em Roma, na convenção de 1980 se vislumbrou o *princípio da soberania da autonomia da vontade das partes*, o que significava plena liberdade aos contratantes de estipularem o que quisessem e isto deveria ser respeitado, se

levamos em conta o Código Civil de Portugal em seu artigo 41 percebe-se um limite subjetivo à vontade das partes quando exige que os contratantes devem levar em conta a lei escolhida pelas partes, porém cuja lei deve recair sobre um “interesse sério” dos declarantes que é considerada tal expressão sinônima da “vontades puramente caprichosas”, segundo Ferrer-Correia (1988, *apud*, CRETELLA, 2010, p. 251). Mas segundo Cretella Neto (2010, p. 251), se a vontade das partes significa verdadeiro elemento de conexão, então seria este um limite denominado objetivo.

O limite objetivo mesmo seria aquele que normalmente se utiliza nos contratos em geral, tais como os elementos de conexão do contrato, tidos como o domicílio das partes, a sede da empresa, o local que foi concretizado o contrato, o local em que o mesmo será executado e inclusive a nacionalidade das partes.

CAPÍTULO 3

AUTONOMIA DA VONTADE NAS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS

3.1 Intróito nas Convenções Internacionais

A autonomia da vontade nos contratos internacionais tem sido considerada, segundo Ole Lando citado por Araújo (2009, p. 135) como um verdadeiro princípio geral de direito. Além disso, é considerado também um princípio de base do DIPr, que encontra um verdadeiro obstáculo ao bom funcionamento do comércio internacional a grande variedade de leis nacionais na área do direito obrigacional, mesmo com a exclusões de restrições tarifárias e quantitativas no âmbito mundial, pois as questões de ordem publica ainda é considerado grande obstáculo.

Sendo assim segundo Araújo (2009, p. 136) dois caminhos poderiam ser traçados: A uniformização das regras de conflitos ou a uniformização de todo o direito contratual dos diversos países. Este último é um caminho bastante utópico dado as diferenças culturais, morais, religiosas e legislativas de cada Estado. Mas uniformizar as regras de conflito é o meio que menos esbulha a legislação interna, pois não se aplicam a sujeitos que não se encontram vinculadas nas relações com conexões internacionais (ARAÚJO, 2009, p. 136).

3.2 Os Contratos Internacionais pelas Convenções de Haia

Nas convenções de Haia produzidas pela Conferência de Haia de Direito Internacional Privado, foi acolhido o princípio da autonomia da vontade, como se pode notar em 1955 na convenção sobre a lei aplicável à venda de objetos móveis, assim como em 1978 na convenção sobre a lei aplicável aos contratos de intermediários e representação, bem como em 1958 na convenção sobre a transferência de propriedade e por fim em 1986 com a criação da convenção sobre a lei aplicável aos contratos de venda internacional de mercadorias, sendo que destas convenções, para se falar em autonomia da vontade, melhor aprofundar naquelas que tratam da compra e venda.

Araújo (2009, p. 137) explica que o conflito de leis foi amplamente debatido em 1955 quando se concretizou a Convenção de Haia sobre a Lei Aplicável às

Vendas de Caráter Internacional de Objetos Móveis, sendo pioneira ao estipular ao contrato internacional a questão da autonomia da vontade conforme o seu artigo 2º que diz:

Art 2º - A venda é regida pela lei interna do país designado pelas partes contratantes. Essa designação deve ser objeto de uma cláusula expressa, ou resultar indubitavelmente das disposições do contrato. As condições relativas ao consentimento das partes quanto à lei declarada aplicável são determinadas por essa lei. (*in Recueil de conventions*, p. 12)

Interessante que esta regra não sofria restrição ou condição a não ser de ordem pública so artigo 6º na expressão “lei interna do país”, isto é, só podiam as partes escolherem o direito de um determinado país.

Outro ponto pioneiro foi a estipulação da lei onde o vendedor resida habitualmente como critério em caso das partes não escolherem a lei a ser aplicada no contrato. Tal estipulação foi amplamente criticada pelo governo alemão que entendia ser a mesma muito benéfica ao vendedor.

A atualização desta convenção de 1955 foi feita em 1986 pela convenção sobre a Lei Aplicável aos Contratos de Venda Internacional de Mercadorias, entretanto tal convenção não chegou a entrar em vigor, visto que à época já se contemporizava a recente Convenção de Viena sobre a Compra e Venda Internacional, da UNCITRAL, de 1980, e assim ambas as convenções, sendo da mesma véspera e sobre o mesmo assunto, seguiram o mesmo sentido em conformidade com as regras da UNCITRAL, utilizando linguagens bem parecidas entre si em vários pontos. (ARAÚJO, 2009, p. 138)

Finalizada em 1986, a última convenção de Haia manteve em seu artigo 7º o que dizia a Convenção de 1955 porém inovou ao trazer a possibilidade de ter aplicação da lei escolhida sobre todo o contrato ou sobre uma parte dele. Manteve a idéia da residência habitual do vendedor como critério de aplicação da lei em caso de ausência de escolha das partes no contrato (artigo 8º) que sofreu um exceção quanto ao seu artigo 10º, Alínea 3, cujo artigo foi editado por influência da Convenção de Roma de 1980 que determinava a utilização do critério dos vínculos mais estreitos quando as partes não tivessem efetuadas a escolha da lei, influência notória também das doutrinas americanas da época. Outra exceção estabelecida no

artigo 12º seria a estipulação de limites da aplicação desta lei em respeito à ordem pública (artigo 18º).

As convenções de Haia, de Viena e de Roma foram pioneiras, e apesar de não terem tido grandes aceitações, foram consideradas salutaras na implantação da autonomia da vontade em seguirem tentando a uniformização internacional das regras de conflitos que, inclusive, nortearam e influenciaram as legislações posteriormente internas e internacionais de muitos países. Mas logicamente, se hoje o princípio da autonomia da vontade das partes tem aceitação unânime, assim não o era considerado ainda em 1955 na primeira Convenção de Haia. (ARAÚJO, 2009, p. 139).

3.3 A compra e venda internacional pela Convenção da UNCITRAL

Se existe um caminho para se uniformizar as regras de conflito em caráter universal no campo dos contratos internacionais, tal caminho se vislumbra bastante fértil nos estudos da área que cuida dos direitos relativos à compra e venda internacional, mais precisamente dentro do direito privado.

A utilização das regras do DIPr eram notoriamente insuficientes para trazerem segurança jurídica aos contratantes deste tipo de contrato internacional e pouco traziam garantias de previsibilidade das soluções sobre o assunto, vez que um contrato poderia ser confeccionado por uma lei interna diferente.

Era necessário a criação de um sistema jurídico que não atrapalhasse os negócios internos de cada país, mas que trouxesse uma previsão de segurança jurídica aos contratantes que se enquadrassem nas transações internacionais.

O UNIDROIT (Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado), desde 1930 tenta uniformizar com muitos estudos o presente tema. (ARAÚJO, 2009, p. 140). Entre os estudos, nasceram duas convenções em 1964, em Haia, chamadas LUVI e LUFC que traziam à luz do Common Law, principalmente entre países europeus (Bélgica, Gâmbia, Itália, Paíse-Baixo, Alemanha, Inglaterra e San Marino), a conciliação das tradições do direito civil, e só tiveram suas publicações oficialmente e passaram a vigorar a partir do ano de 1972.

Emparelhado a isto, em 1966, a ONU criou a CNUDCI/UNCITRAL⁵, Comissão pois os Estados começaram a perceber que seus cidadãos nacionalmente poderia se encontrar em relações internacionais tanto como vendedores como compradores, e com a atual situação trazida pelas convenções de Haia, existia claramente um desequilíbrio em desfavor do comprador, caso as partes não estipulem a lei que será aplicada ao contrato, e por isso a busca pelo reequilíbrio desta relação passou a ser a motivação central da ONU com esta comissão. (ARAÚJO, 2009, p. 141).

Mas não seria tarefa fácil, vez que remover obstáculos jurídicos era importante para dar velocidade com que se desenvolvia o direito do comércio internacional, e interessava demasiadamente aos países em desenvolvimento que dependiam do comércio internacional para se desenvolverem economicamente. (ARAÚJO, 2009, p. 141).

A Conferência Internacional em Viena no ano de 1980, tendo como um dos temas principais a compra e venda internacional fez consignar a Convenção para a Compra e Venda Internacional de Mercadorias, que vigora desde 1988 em 54 países⁶ e em vez de se basear os trabalhos nas Convenções e Haia, preferiram começar algo novo, levando em conta todas as correntes legais dos Estados participantes. (ARAÚJO, 2009, 143).

Priorizar a proteção ao consumidor conservando as legislações internas de cada Estado, sem excluir ou interpor regras dos mesmos que disciplinam algumas transações, aliado a uma preocupação em favorecer a vontade das partes em acordo, dando liberdade às mesmas, interferindo o mínimo possível na congruência entre vendedor e comprador, a Convenção de Viena deixou livre a escolha das partes pela sua aplicação ou não.

⁵ A comissão foi formada inicialmente por 29 membros, número que foi aumentado para 36, em 1973. Procurou-se, desde o início, garantir uma divisão de membros geograficamente proporcional, de modo que houvesse sempre representação dos principais continentes. O termo é de 6 anos, sendo renovada a cada 3 anos. A comissão também possuía um secretariado, composto de advogados altamente qualificados e que são responsáveis por trabalhos de pesquisa, relatórios e o trabalho preparatório para o bom andamento do trabalho da comissão. A Assembléia Geral, através da Resolução 2.205/1966, transformou a comissão no principal órgão jurídico do sistema das Nações Unidas no domínio do direito do comércio internacional.

⁶ Alemanha, Argentina, Austrália, Áustria, Bielarrúsia, Bélgica, Bósnia-Herzegovina, Bulgária, Borundi, Canadá, Chile, China, Colômbia, Croácia, Cuba, Dinamarca, Equador, Egito, Eslováquia, Eslovênia Espanha, EUA, Estônia, Finlândia, França, Geórgia, Grécia, Guiné, Holandam Hungria, Iugoslávia, Iraque, Islândia, Israel, Itália, Kirguistão, Lesoto, Letônia, Lituânia, Luxemburgo, Mauritânia, México, Moldova, Mongólia, Noruega, Nova Zelândia, Sérvia e Montenegro, Singapura, Síria, Suécia, Suíça, Ucrânia, Uganda, Uruguai, Uzbequistão, Venezuela Zâmbia e Honduras (a partir de 2003).

Problemas surgem quando as partes, na faculdade de estipularem a legislação a ser aplicada, se esquecem de elegê-las, cuja situação se encontra prevista pela Convenção de Viena em seu artigo 6º que traz a idéia de que “as partes podem excluir a aplicação da presente Convenção ou, sem prejuízo no disposto no artigo 12, derrogar qualquer das suas disposições ou modificar-lhes os efeitos.”

Interpretando tal artigo, podemos citar o exemplo na íntegra que Araújo (2009, p. 144) traz levando-se em conta a não escolha pelas partes da lei a ser aplicada nos contratos internacionais de compra e venda, senão vejamos:

Suponhamos que em uma determinada situação haja dois contratantes, estabelecidos o primeiro no país A e o segundo no país B. Se ambos os países ratificarem a convenção, esta será aplicável, pois se tornou a lei uniforme na área. Continuando, se o país A ratificou-a mas não o país B, esta só será aplicável ao contrato se as regras de DIPr indicarem como lei aplicável a do País A, no qual ela está em vigor. *Contrario sensu*, se as regras de DIPr indicarem a lei do país B, no qual ela não está em vigor, não poderá ser aplicada, a menos que a legislação daquele país permita às partes escolherem a lei aplicável. Por fim, se não é parte do ordenamento jurídico do país A ou do país B, parece-nos que está excluída sua aplicação, a menos que as partes façam uma opção expressa por ela no contrato.

Nesta última hipótese trazida pela doutrinadora a solução dependeria da amplitude do conceito de autonomia da vontade do país no qual a questão está sendo apreciada. Não sendo possível a aplicabilidade da Convenção de Viena entre os contratantes, resta aos mesmo seguirem as regras de conexão do DIPr local. (ARAÚJO, 2009, p. 144).

A UNCITRAL emitiu uma nota explicativa que foi preparada pela Secretaria da Comissão das Nações Unidas sobre o Direito do Comércio Internacional com propósitos meramente informativos⁷, e em seu item 12, 13 e 14 o princípio da autonomia da vontade dos contratantes é algo gritante, transcrito abaixo.

B. Autonomia das partes

12. O princípio básico da liberdade contratual nos contratos de compra e venda internacional de mercadorias é reconhecido pela disposição que permite que as partes excluam a aplicação desta Convenção, derroguem suas disposições ou alterem seus efeitos. A exclusão da Convenção geralmente resultaria da escolha pelas partes da lei de um Estado não-contratante ou da lei doméstica de um Estado Contratante para ser a lei

⁷ Não se trata de um comentário oficial da Convenção, mas ajuda a interpretar a mesma com mais clareza. (Nota na íntegra em anexo)

aplicável ao contrato. A derrogação da Convenção ocorreria sempre que um dispositivo do contrato forneça uma norma diferente daquela presente na Convenção.

13. Esta Convenção para a unificação das normas relativas à compra e venda internacional de mercadorias cumprirá melhor seu objetivo se for interpretada de forma compatível em todos os ordenamentos jurídicos. A sua preparação foi feita cuidadosamente para deixá-la a mais clara e fácil de entender possível. Entretanto, disputas surgirão em relação ao seu significado e à sua aplicabilidade. Quando isso ocorrer, todas as partes, incluindo cortes estatais e tribunais arbitrais, são advertidos a observarem o seu caráter internacional e promover a uniformidade em sua aplicação e a observância da boa-fé no comércio internacional. Em especial, quando uma questão em relação à matéria desta Convenção não estiver expressamente resolvida nela, tal questão deve ser resolvida em conformidade com os princípios gerais em que a Convenção se baseia. Somente na ausência de referidos princípios, deve a questão ser resolvida de acordo com a lei aplicável em virtude das normas de direito internacional privado.

D. Interpretação do contrato; usos e costumes

14. A Convenção contém disposições acerca da maneira como as declarações e a conduta de uma parte devem ser interpretadas no contexto da formação ou da execução do contrato. Os usos acordados pelas partes, as práticas que elas tenham estabelecido entre si e usos e costumes dos quais as partes tinham ou deveriam ter conhecimento e que sejam amplamente conhecidos e geralmente observados por partes em contratos do mesmo tipo do contrato em questão são todos vinculantes em relação às partes do contrato de compra e venda.

Se no item 13 o princípio da autonomia da vontade é destrinchado seguindo o artigo 6º citado anteriormente, no item 13 abordado prestigia-se a manutenção e respeito às normas internas e ordenamentos jurídicos dos países dos contratantes envolvidos, mas traz aos aplicadores e intérpretes dos contratos a possibilidade de usarem o princípio da boa-fé, os princípios gerais da própria convenção e somente na impossibilidade de se usar tais meios traria a necessidade de se descartar a aplicabilidade da Convenção de Viena passando à aplicar as normas de DIPr.

O item 14 explica bem o artigo 9º da Convenção de Viena que procurou evidenciar a possibilidade de se usar os usos e costumes dos contratantes como solução para tal conflito mesmo sendo tal forma não tão rápida para acompanhar a evolução das relações contratuais internacionais.

Por fim, Araújo (2009, p. 145) reporta-se ao artigo 3º da Convenção de Viena para a destacar a importância deste dispositivo para aplicação desta Convenção de Viena pela jurisprudência dos vários países envolvidos e consignatários da mesma, embasadas no princípio da autonomia da vontade das partes, com a exigência de que as partes a tenham indicado no contrato firmado entre elas.

3.4 A Convenção de Roma de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais e sua atualização pelo Regulamento 593 de 2008

A Convenção sobre a lei aplicável às obrigações contratuais foi aberta a assinatura em Roma em 19 de Junho de 1980 pelos então nove Estados-Membros da Comunidade Europeia (CE). A Convenção entrou em vigor em 1 de Abril de 1991. Posteriormente, todos os Estados que foram aderindo à Comunidade Europeia assinaram esta Convenção. Paralelamente à assinatura da Convenção pela Áustria, Finlândia e Suécia, foi também elaborada uma versão codificada, publicada no Jornal Oficial em 1998. Em 2005, foi publicada no Jornal Oficial uma nova versão codificada, na sequência da assinatura da Convenção sobre o acesso dos 10 novos Estados-Membros à Convenção (de Roma). (ARAÚJO, 2003, p. 55)

Nas obrigações contratuais, a convenção é aplicada em situações que ocorra um conflito de leis, mesmo que essa lei seja a de um Estado que não contratou, com exceção:

- As questões relacionadas ao estado e à capacidade das pessoas singulares.
- As obrigações contratuais relacionadas a testamentos, regimes de bens no matrimônio e outras relações familiares.
- Obrigações que surgem de títulos negociáveis (letras, cheques, livranças, etc.).
- As convenções de arbitragem e os pactos atributivos de jurisdição (escolha de um tribunal).
- As questões do âmbito do direito das sociedades, das associações e das pessoas coletivas.
- A questão de saber se um intermediário pode vincular, em relação a terceiros, a pessoa por conta da qual pretende agir (do mesmo modo, no caso de um órgão de uma sociedade, de uma associação ou de uma pessoa coletiva que vincule toda a organização).
- A criação e as questões relativas à organização de “trustes”.
- A prova e o processo.
- Os contratos de seguro que cubram riscos situados nos territórios dos Estados-Membros (excluindo os contratos de resseguro).

As partes que assinam o contrato podem escolher o direito aplicável em sua totalidade ou apenas a uma parte do contrato em questão, bem como o tribunal competente, em caso de litígio. Em caso de acordo, as partes signatárias poderão modificar a lei que se aplica ao contrato (princípio da autonomia da vontade).

Se caso as partes não tiverem escolhido expressamente o direito a qual o contrato se aplica, ele será regulado pela lei do país do qual se apresenta uma

conexão mais estreita, segundo o princípio da proximidade (local da residência habitual ou da administração central do prestador, local do estabelecimento principal ou outro local de estabelecimento da parte que assegura a prestação etc.). No mais, em dois casos aplicam-se regras específicas:

- Se o contrato for relacionado a um bem imóvel, a lei aplicável supletivamente é a do país ou local onde se situa o imóvel.
- Relativamente ao transporte de mercadorias, a lei será determinada de acordo com o local da carga ou descarga ou do estabelecimento principal do expedidor.

De modo a defender os direitos dos consumidores, o fornecimento de bens móveis corpóreos ou de serviços a uma pessoa beneficia de disposições apropriadas, de acordo com o princípio da proteção da parte mais fraca. Estes contratos regulam-se pela lei do país no qual o consumidor tem a sua residência habitual, exceto se as partes acordarem algo diferente. Contudo, a lei escolhida não pode colocar em desvantagem o consumidor e retirá-lo da proteção assegurada pela lei do seu país de residência, se esta lhe for mais favorável. Estas regras não são aplicadas aos contratos de transporte e aos contratos de fornecimento de serviços de um país que não seja o da residência habitual do consumidor.

Relativo ao contrato de trabalho, aplica-se:

- A lei do país onde o trabalhador presta normalmente o seu trabalho, ou
- A lei do país onde se encontra o estabelecimento que contratou o trabalhador, ou
- A lei do país com o qual o contrato de trabalho apresente uma conexão mais estreita.

Se os interessados escolherem outra lei que possa ser aplicável ao contrato, esta escolha não poderá ser feita em detrimento da proteção do trabalhador.

As disposições existentes ou futuras da legislação comunitária evidenciam sobre as disposições da Convenção, nomeadamente quanto à resolução do conflito de leis em matéria contratual relativamente a matérias especiais.

Após a entrada em vigor da Convenção, todos os Estados-Membros que queiram adotar uma nova norma de conflito de leis para uma categoria especial de contratos abrangidos pela Convenção ou aderir a uma convenção multilateral neste domínio, deverão informar essa intenção aos outros Estados signatários. Cada Estado dispõe do prazo de seis meses para apresentar as suas objeções e solicitar

uma consulta, se assim quiserem. Se, no prazo de seis meses, não for preparada qualquer objeção ou se, na seqüência de uma consulta não se tiver atingido qualquer acordo num período de dois anos (um ano relativamente à convenção multilateral), o Estado requerente pode modificar o seu direito ou aderir à Convenção.

A Convenção entra em vigor por um período de 10 anos, sendo depois renovada tacitamente de cinco em cinco anos e podendo ser denunciada por qualquer dos Estados signatários.

Em 1988, foram assinados dois Protocolos relacionados à interpretação a título prejudicial da Convenção pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Européias. Um terceiro Protocolo, assinado em 1980 e posteriormente finalizado em 1996, dá à Dinamarca, à Suécia e à Finlândia o direito de conservarem as suas disposições nacionais relativas à lei aplicável ao transporte marítimo de mercadorias.

Foram acrescentadas à Convenção quatro declarações comuns:

- Em 1980, determinados Estados-Membros insistiram na consonância que deverá existir entre as medidas a adotar pela Comunidade sobre normas de conflitos com as disposições da Convenção.
- Admitiram igualmente a possibilidade de atribuir competências de interpretação da Convenção ao Tribunal de Justiça.
- Em 1988, após a assinatura dos dois Protocolos, foi admitida a possibilidade de um intercâmbio de informações entre os Estados-Membros e o Tribunal de Justiça em relação às decisões em matéria de obrigações contratuais.

Houve exigência, para além do mais, que os novos Estados-Membros da Comunidade, aderissem, ao assinarem a Convenção de Roma, ao Protocolo relativo à interpretação da Convenção pelo Tribunal de Justiça.

Em 17 de junho de 2008 foi assinado pelo Parlamento Europeu – CE e pelo Conselho da União Européia o Regulamento 593 que atualizou a Convenção de Roma de 1980 e mostrou uma visão mais moderna e adaptada às novas realidades do comércio internacional e aos novos desafios da atualidade.

No Capítulo II (Regras Uniformes) artigo 3º vislumbra-se a idéia de “liberdade de escolha” das partes contratantes, senão vejamos:

Artigo 3º - Liberdade de escolha

1. O contrato rege-se pela lei escolhida pelas partes. A escolha deve ser expressa ou resultar de forma clara das disposições do contrato, ou das

circunstâncias do caso. Mediante a sua escolha, as partes podem designar a lei aplicável à totalidade ou apenas a parte do contrato.

2. Em qualquer momento, as partes podem acordar em subordinar o contrato a uma lei diferente da que precedentemente o regulava, quer por força de uma escolha anterior nos termos do presente artigo, quer por força de outras disposições do presente regulamento. Qualquer modificação quanto à determinação da lei aplicável, ocorrida posteriormente à celebração do contrato, não afecta a validade formal do contrato, nos termos do artigo 11.º, nem prejudica os direitos de terceiros.

3. Caso todos os outros elementos relevantes da situação se situem, no momento da escolha, num país que não seja o país da lei escolhida, a escolha das partes não prejudica a aplicação das disposições da lei desse outro país não derogáveis por acordo.

4. Caso todos os outros elementos relevantes da situação se situem, no momento da escolha, num ou em vários Estados-Membros, a escolha pelas partes de uma lei aplicável que não seja a de um Estado-Membro não prejudica a aplicação, se for caso disso, das disposições de direito comunitário não derogáveis por acordo, tal como aplicadas pelo Estado-Membro do foro.

5. A existência e a validade do consentimento das partes quanto à escolha da lei aplicável são determinadas nos termos dos artigos 10.º, 11.º e 13.º.

Fica visível o princípio da autonomia da vontade mais uma vez tanto na Convenção de Roma como em sua atualização por parte do Regulamento 593/2008.

Mas o Regulamento reservou ainda ao artigo 4.º a questão da ausência de apontamento pelas partes da legislação a ser aplicada e colocou desta forma a seguinte resolução do problema:

Artigo 4.º - Lei aplicável na falta de escolha

1. Na falta de escolha nos termos do artigo 3.º e sem prejuízo dos artigos 5.º a 8.º, a lei aplicável aos contratos é determinada do seguinte modo:

- a) O contrato de compra e venda de mercadorias é regulado pela lei do país em que o vendedor tem a sua residência habitual;
- b) O contrato de prestação de serviços é regulado pela lei do país em que o prestador de serviços tem a sua residência habitual;
- c) O contrato que tem por objeto um direito real sobre um bem imóvel ou o arrendamento de um bem imóvel é regulado pela lei do país onde o imóvel se situa;
- d) Sem prejuízo da alínea "c", o arrendamento de um bem imóvel celebrado para uso pessoal temporário por um período máximo de seis meses consecutivos é regulado pela lei do país em que o proprietário tem a sua residência habitual, desde que o locatário seja uma pessoa singular e tenha a sua residência habitual nesse mesmo país;
- e) O contrato de franquia é regulado pela lei do país em que o franqueado tem a sua residência habitual;
- f) O contrato de distribuição é regulado pela lei do país em que o distribuidor tem a sua residência habitual;
- g) O contrato de compra e venda de mercadorias em hasta pública é regulado pela lei do país em que se realiza a compra e venda em hasta pública, caso seja possível determinar essa localização;
- h) Um contrato celebrado no âmbito de um sistema multilateral que permita ou facilite o encontro de múltiplos interesses de terceiros, na compra ou venda de instrumentos financeiros, na acepção do ponto 17) do n.º 1 do artigo 4.º da Diretiva 2004/39/CE, de acordo com regras não discricionárias e regulado por uma única lei, é regulado por essa lei.

2. Caso os contratos não sejam abrangidos pelo n.o 1, ou se partes dos contratos forem abrangidas por mais do que uma das alíneas “a” a “h” do n.o 1, esses contratos são regulados pela lei do país em que o contraente que deve efetuar a prestação característica do contrato tem a sua residência habitual.

3. Caso resulte claramente do conjunto das circunstâncias do caso que o contrato apresenta uma conexão manifestamente mais estreita com um país diferente do indicado nos números 1 ou 2, é aplicável a lei desse outro país.

4. Caso a lei aplicável não possa ser determinada nem em aplicação do número 1 nem do número 2, o contrato é regulado pela lei do país com o qual apresenta uma conexão mais estreita.

Diante destes artigos que tange ao tema proposto, o Regulamento 593/2008 levou em consideração vários pontos para sua legitimação e criação, principalmente a maior uniformização e unificação possível dos ordenamentos jurídicos dos Estados-membros, que desde a convenção de Bruxelas de 1968 que firmou a jurisdição e a execução de julgados em questões cíveis e comerciais, chegando ao atual regulamento que resguarda também a unificação das regras conflituais relativas aos contratos internacionais para promover a maior certeza jurídica, como expôs Araújo (2009, p. 146).

3.5 Princípios uniformes dos contratos comerciais internacionais elaborados pelo UNIDROIT

O UNIDROIT criado em 1926 pela Liga das Nações, no intuito de preparar ou adaptar os Estados paulatinamente para uma uniformização da legislação civil. Depois das Convenções já citadas, mas principalmente depois da Convenção de Viena, os estudos foram intensificados para a criação de um projeto sobre “Princípios para os Contratos Comerciais Internacionais” que só foi concluído em 1994, totalizando 120 artigos desmembrados em 7 capítulos que retratam o direito dos contratos. (ARAÚJO, 2009, p. 153).

O princípio da autonomia da vontade, diante da dependência única das partes escolherem livremente a lei aplicável aos contratos internacionais, foi de plano utilizado neste projeto.

No artigo 1.2 elegeu-se os princípios que serão aplicáveis aos contrato quando este tiver que ser redigido por eles, mas tais princípios só poderiam ser utilizados se fossem expressamente escolhidos. Nádia de Araújo (2009, p. 154) entende que tal cláusula expressa deve vir integrada com uma cláusula arbitral,

alegando que geralmente, com a autonomia da vontade, as partes escolhem uma lei nacional para reger o contrato. Entretanto, não sendo um tribunal arbitral, dificilmente um tribunal nacional admitiria tais princípios como lei aplicável ao contrato entre as partes nesta situação.

A parcialidade é um dos argumentos que os críticos usam para questionarem a segurança jurídica dos tribunais arbitrais que aceitam a idéia de desnacionalização do contrato e que por isso muitos comentários foram feitos trazendo a aplicação destes princípios como uma solução jurídica mais segura em contrapartida à esta desnacionalização contratual.

É em meio a este estudo destes princípios que o Brasil dá passo importante para a criação da sua lei de arbitragem, em 1996 com a lei número 9.307 que muito desafogou o judiciário brasileiro. Dentre os princípios que mais nos interessa o UNIDROIT trouxe nos seus artigos o princípio da obrigatoriedade, da autonomia das partes e o da boa-fé. (ARAÚJO, 2009, p. 155)

O texto consagra o princípio da obrigatoriedade ao estabelecer que todo o contrato, desde que validamente celebrado entre as partes, é obrigatório e somente pode ser modificado ou extinto conforme seus próprios termos, por acordo entre as partes, ou por alguma outra situação disposta nos Princípios. As exceções referem-se à alteração contratual em caso de mudança fundamental no equilíbrio do contrato (*hardship*⁸), e devem ser analisadas casuisticamente.

Outro princípio refletido é o da autonomia das partes, dispondo que os participantes devem ter liberdade para celebrar os contratos e determinar seu conteúdo, devendo respeitar limitações decorrentes de interesse público, posto que o interesse coletivo deve prevalecer sobre o privado.

Enfim, também se encontra retratado o princípio da boa-fé, verdadeiro alicerce das obrigações contratualmente assumidas, cuja finalidade é o interesse social de segurança das relações jurídicas. As partes devem agir com lealdade negocial e confiança recíprocas, buscando a comunhão de interesses. Pretende-se que a boa-fé e a lealdade negocial sejam interpretadas de acordo com as condições usualmente praticadas no comércio internacional, familiares e aceitas por todos os contratantes.

⁸ *HARDSHIP* é uma cláusula de flexibilização, que permite às partes renegociar algumas partes do contrato que as liga, se tiver ocorrido uma modificação expressiva nas condições contratuais, causando o desequilíbrio desse contrato, a ponto de criar, para uma das partes, rigor (*hardship*) injusto. (Costa e Nusdeo, *apud*, ARAÚJO, 2009, p. 155)

3.6 Dos casos concretos

3.6.1 Caso concreto 1

Em meados do século XVI Charles Dumoulin, jurista francês, foi quem introduziu o princípio da autonomia da vontade no Direito Internacional Privado. Dumoulin objetivava que às partes fosse dado o poder de escolher a lei que se aplicaria às relações contratuais que estivessem ligadas a mais de um sistema jurídico, sem que a regra de conexão do lugar onde a questão pudesse vir a ser julgada importasse.

Dumoulin defendeu o princípio da autonomia da vontade, e este princípio, apesar de ter se tornado alvo de críticas pesadas desde a sua criação no século XVI, conseguiu sobreviver, e no decorrer dos séculos XIX e XX foi bastante utilizado. Os primeiros acórdãos franceses no século XX mostraram a aceitação do princípio da autonomia da vontade nos contratos internacionais de comércio, como no caso do American Trading Co:

Este caso trata-se de um problema de uma carga que pertencia a American Trading Co., que foi transportada para um porto francês por um navio da Quebec Steamship. A mercadoria, que consistia em farinha de trigo, chegou com problemas, e assim American Trading Co. acionou a Quebec Steamship e o capitão do navio, solidariamente, para que houvesse um ressarcimento do prejuízo que lhe fora causado por esta avaria.

Defendendo-se, a Quebec Steamship alegou que existia uma 'cláusula de irresponsabilidade', colocada na charte-partie, e a American contra-argumentou que este contrato estava submetido à lei de Nova York, e que a lei desse estado tinha cláusula como nula. A tese da American foi aceita na 1ª instância e não aceita na 2ª instância, chegando assim à Corte de Cassação. Lá os argumentos da American atacavam o acórdão da 2ª instância, falando que a cláusula de exoneração da responsabilidade da Quebec Steamship não era válida, pois ia de desacordo com a regra *lex loci contractus*, ou seja, a do lugar onde o contrato fora celebrado e à qual as partes expressamente faziam menção.

Neste caso, a Corte de Cassação francesa colocou-se a favor da vontade das partes como principal fator a se considerar a lei aplicável. Avaliou-se então o que as partes desejavam, e este desejo mostrava a lei francesa ao invés da americana.

Desta maneira, a lei americana foi descartada, pois proibia a cláusula de exoneração ao contrário da lei francesa, que a considerava legal.

Concluiu-se tal vontade das partes, pois era inadmissível que tivessem inserido no contrato uma cláusula que sabiam ser proibida pela lei americana. Daí a conclusão de que a vontade só poderia ter sido pela escolha da lei francesa, que permitia a cláusula de exoneração.

A postura da jurisprudência francesa em relação à afirmação do princípio da autonomia da vontade foi de grande valor para este, já que na Europa outros países começaram a adotar este princípio em sede de contratos internacionais de comércio. Dentro de discussões na Europa de uniformização das regras de conflitos no que acerta os contratos internacionais, o princípio da autonomia da vontade sempre foi aceito, e tais discussões culminaram na Convenção de Roma de 1980, que só veio a vigorar em 1991. (VIANA, 2010)

3.6.2 Caso concreto 2

Em relação aos contratos internacionais, os critérios que os ligam se apresentam quanto ao caráter extrínseco, ou seja, a forma, e quanto ao caráter intrínseco, ou seja, o conteúdo.

No que se dá a forma, o critério de conexão é determinado pela lei do lugar da prática da celebração contratual, permitindo a possibilidade da lei da nacionalidade ou do domicílio, tanto das partes em comum, como do declarante. Em relação ao conteúdo, são competentes as leis locais da execução do contrato, da celebração do contrato, da nacionalidade e do domicílio do devedor ou das partes. Nos critérios citados, no que soa os contratos internacionais, existe um critério bastante importante, objeto principal deste trabalho, que é o critério do princípio da autonomia da vontade.

A liberdade de contratar, consolidada pela conferência de poder feita pelo indivíduo a si mesmo quanto à escolha de contratar, assim como a opção da outra parte de negociar contratualmente, a liberdade contratual, referente à uma livre postulação das cláusulas do contrato acordada entre as partes, bem como a forma do contrato e seus respectivos atos, e os efeitos relativos dos contratos, os quais se estendem às partes, assim como a seus herdeiros, de maneira passiva e ativa, não

sendo invocados por terceiros, nem opostos a estes, são as características marcantes do princípio da autonomia da vontade.

No que trata o direito internacional privado europeu, especialmente no direito francês, como já mostrado anteriormente, o princípio da autonomia da vontade é visivelmente consagrado, porém no direito internacional privado brasileiro, parece não ser tão bem aceito como nos padrões europeus.

Segundo Rodas, o caput do art. 9º da vigente Lei de Introdução, aplicável aos contratos entre presentes, continua a prescrever a lei do lugar do contrato (*lex loci contractus*).

O art. 9º da vigente Lei de Introdução ao Código Civil de 1942, o qual revogou o art 13 da Lei de Introdução ao Código Civil de 1916, é o dispositivo responsável por reger as obrigações em sede de contratos internacionais, e, para alguns doutrinadores como Rodas, não explicita o princípio da autonomia da vontade. (VIANA, 2010)

3.6.3 Caso concreto 3 - Texaco x Líbia (Libyan Arab Republic). Significado e alcance da internacionalização dos contratos

O árbitro de forma clara disse que o direito internacional que regula as relações contratuais entre um Estado e uma festa privada estrangeira não significa nem que o último é igualado a um Estado, nem que o contrato é igualado a um tratado. Segundo o árbitro, isto mostra apenas que "para efeitos de interpretação e execução do contrato, deve-se reconhecer que uma parte contratante privado tem capacidades específicas internacionais."

Além do explicitado, considerando que alguns contratos podem ser escrita simultaneamente por lei municipal e pelo direito internacional, o árbitro definiu que a cláusula de eleição de lei se refere aos princípios do direito da Líbia, em vez de as regras do direito da Líbia. Diante disto, o árbitro coloca:

A aplicação dos princípios do direito da Líbia não tem o efeito de afastar a aplicação dos princípios do direito internacional, mas muito pelo contrário: ela simplesmente nos obriga a combinar os dois na verificação da conformidade do primeiro com o segundo.

Aplicando os princípios acima enunciados, o árbitro declarou que ele remete, por um lado o princípio da força obrigatória dos contratos reconhecidos pelo direito

da Líbia, e, por outro, o princípio de *pacta sunt servanda*, que é um princípio geral de direito que constitui uma base essencial do direito internacional. O árbitro encontrado, então, sobre esta especificidade que os princípios do direito da Líbia estavam de acordo com o direito internacional e concluiu que os atos de concessão em disputa tinham um caráter vinculativo. (DUPUY, 1977)

3.6.4 Caso concreto 4: Soeicom S/A x Banco Bayerische Vereiinsbank International S/A.

O contrato foi contraído, em 1973, pela Ré Soeicom S/A perante o conglomerado de bancos, na qual figura como agente, o Banco Bayerische Vereiinsbank International S/A. Nesta transação figurou como principal garantidor o Banco Pinto e Sotto Mayor que, após, celebrou contrato com a Empresa de Cimentos de Leiria (Lisboa), que tornou-se também fiadora do aludido contrato, recaindo sobre si as obrigações assumidas. Antônio Champalimaud, pertencente aos grupos do Banco Pinto e Sotto Mayor e da Firma Cimentos Leiria, fez uma transação com esta última, em Lisboa, entregando-lhe 25.000 (vinte e cinco mil) ações ao portador, representativas do capital social da mesma para fazer o pagamento aos credores por meio da dação em pagamento. Após, ajuizou ação requerendo seja constituído credor da Ré, alegando que, mediante a legislação portuguesa, ocorreu a subrogação legal.

1ª instância (Comarca de Santa Luzia): julgou procedente a ação, BASEANDO-SE NA LEGISLAÇÃO PORTUGUESA, condenando a ré Bayerische Vereiinsbank International S/A a efetuar os respectivos pagamentos ao autor, além de condenar todos os réus ao pagamento proporcional das custas do processo e dos honorários do advogado do autor.

2ª instância (TJMG): Apelaram da decisão de 1ª instância os bancos, bem como a Seicom S/A. No entanto, por unanimidade, aos recursos foram negados provimentos, também com fundamento na não aplicação da autonomia da vontade, mas no art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Supremo Tribunal Federal: Aplicando o art. 837, do Código Civil Português e, portanto, conferindo interpretação literal ao art. 9º LICC, por unanimidade, conheceu do recurso e deu provimento para julgar improcedente a ação,

condenando o ora recorrido – Antônio Champalimaud — nas custas processuais e honorários advocatícios.

3.6.5 Caso concreto 5 – Da indústria do petróleo

Pela conveniência do tema, é de suma importância trazer, também, doutrina acerca dos contratos internacionais relacionados à indústria do petróleo, com a observação de contextualizar juridicamente a questão. Nesse sentido, transcreve-se lição de Oliveira (*apud*, BRASIL, 2012), *in verbis*:

É difícil imaginar no mundo de hoje uma transação da indústria de petróleo e gás que não envolva algum tipo de componente internacional. Há, quase sempre, ao menos algum elemento que estabeleça a conexão entre dois ou mais sistemas jurídicos, seja a nacionalidade ou domicílio dos contratantes, seja o local de execução do contrato, seja até a lei escolhida para reger aquela relação.

Neste patamar, os contratos internacionais de venda de petróleo cru e gás natural não são feitos em um ambiente diferente: as partes falam muitas vezes línguas diferentes e freqüentemente confeccionam contratos e se obrigam a usar uma terceira língua; elas se sujeitam a contratos onde o direito aplicável é variável; existe a possibilidade de aplicação de, no mínimo, dois ordenamentos jurídicos distintos, no que a previsão da solução de litígios advindos se transfigura como um dos pontos mais importantes dentro dos contratos internacionais; as exportações e importações de recursos naturais como petróleo e gás se submetem a políticas governamentais totalmente sem estabilidade em face da posição de estratégia que tais bens possuem na condução dos interesses nacionais dos países soberanos; mudanças na cotação da moeda pelo qual o contrato foi estabelecido e sua relação com as moedas dos países dos contratantes; a enorme vulnerabilidade do preço deste tipo de mercadoria no mercado internacional entre a data do contrato e a da entrega; crises políticas; guerras; adoção de acordos bilaterais favorecedores; e etc.

O princípio soberano do Direito Contratual Internacional é, sem dúvida alguma, o princípio da autonomia da vontade. Este princípio regula e estrutura o conteúdo dos contratos, permite a liberdade de contratação, angariando desta forma com quem e sobre o que contratar, em face inclusive da deficiência na sistematização ou harmonização completa das regras de conflitos em matéria de contratos internacionais, o que faz surgir um ângulo que o diferencia quando da sua

aplicação no direito interno. Autoriza ele a opção da lei aplicável, sob qual ordenamento irá utilizar-se em uma provável e futura lide. Enquanto que no direito interno ele se delimita a determinar certos efeitos para o contrato que estão pactuando.

No entanto, como limite imposto à vontade das partes, encontra-se a soberania da ordem pública, princípio também básico, devendo este se sobressair em todos os casos uma vez que a liberdade de manipular uma relação jurídica deve sempre abalroar em limites que não permitam a anarquia em sede contratual. (BRASIL 2012)

3.7 Do posicionamento jurisprudencial brasileiro

O posicionamento dos tribunais brasileiros parece seguir àquela manifestada pela legislação vigente. Cumpre explicar, desde já, que a falta de julgados sobre a matéria dificulta bastante uma análise atualizada sobre esta questão, não sendo possível ter certeza de qual seria o posicionamento nos dias atuais, caso acontecesse um litígio envolvendo esta matéria. O que se tem são julgados antigos, que de certa maneira acabam por servir de referência para os magistrados

Perante o Supremo Tribunal Federal, está em evidência o acórdão proferido no julgamento do Recurso Extraordinário nº 93.131-MG, julgado em 17 de dezembro de 1981, onde foi relator o Ministro Moreira Alves (27). Completo em citações doutrinárias e contendo uma análise criteriosa sobre o caso concreto levado à instância extraordinária, o acórdão deixa claro que o STF não reconhece o princípio da autonomia da vontade na escolha do direito material aplicável. Embora nem todos os Ministros tenham se manifestado expressamente sobre a matéria, aqueles que o fizeram, entre eles o relator do caso, trataram de distanciar por completo o princípio da autonomia da vontade na escolha do direito material.

Como se mostrou estagnado, não obstante tratar-se de acórdão julgado há mais de 20 anos e citando o fato de não haver outros julgados que tenham enfrentado a matéria recentemente, este ainda serve como referência acerca do posicionamento do Judiciário brasileiro. Contudo, com a publicação da CIDIP-V, contando com uma interpretação sistemática ou até mesmo política (28), é provável que a mais Alta Corte brasileira possa modificar o seu pensamento, passando a

aceitar o princípio da autonomia da vontade na escolha do direito material. Mas isto ainda fica apenas como uma esperança.

No que concerne às obrigações de caráter trabalhista, o Brasil vem adotando o posicionamento em relação ao local da prestação do serviço, o que inclusive foi objeto de Enunciado de Jurisprudência nº 207 do Superior Tribunal do Trabalho, onde resta definido que “A relação jurídica trabalhista é regida pelas leis vigentes no país da prestação do serviço e não por aquelas do local da contratação”.

No plano dos tratados internacionais, mais precisamente no que se refere àqueles celebrados em nível interamericano, tal entendimento foi consolidado no chamado Código de Bustamante, datado de 1928, o qual regula de maneira geral as relações jurídicas internacionais de direito privado. No art. 198 do referido Código, existe determinação expressa de que é territorial a legislação sobre acidentes do trabalho e proteção social do trabalhador.

Por conseqüência, também nas relações de trabalho o princípio da autonomia da vontade não encontra base dos pretórios brasileiros especializados. E é difícil que este pensamento mude, afinal por enquanto impera no direito do trabalho o princípio da proteção à pessoa do trabalhador, o que certamente é um grande e complicado obstáculo para a aceitação deste princípio nas relações de trabalho. (BRESCIANI ADVOCACIA, 2012)

Tribunal de Justiça do Paraná: Apelação Cível nº 0299773-5.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. CHEQUE. DÍVIDA DE JOGO CONTRAÍDA NO EXTERIOR. URUGUAI. PAÍS NO QUAL A PRÁTICA DE CASSINO É LÍCITA. PREVALÊNCIA DA **REGRA LOCUS REGIT ACTUM**. INTELIGÊNCIA DO ART. 9º DA LICC. INAPLICABILIDADE DO ART. 814 DO CC E DO ART. 17 DA LICC. DÍVIDA LEGAL E NÃO MORAL. VEDAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. TÍTULO EXIGÍVEL. SENTENÇA REFORMADA. APELAÇÃO CÍVEL PROVIDA.

3.7.1 Posição do STF: Recurso Extraordinário nº 93.131-7 (1981)

O Supremo Tribunal Federal se posicionou em 1981 a respeito do assunto, senão vejamos.

EMENTA: Equiparação da lei estrangeira, aplicada no Brasil, à legislação federal brasileira, para efeito de admissibilidade de recurso extraordinário. Dação em cumprimento. Sub-rogação legal. Código Civil Português (arts. 592, 593 e 837).

Inexistência de negativa de vigência do art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil. Dissídio de jurisprudência não demonstrado.

A lei estrangeira, aplicada por força de dispositivo de direito internacional privado brasileiro (na espécie, o art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil), se equipara à legislação federal brasileira para efeito de admissibilidade de recursos extraordinário.

Não ocorrência, no caso, de dação em cumprimento (datio in solutum) e de sub-rogação legal. Negativa de vigência dos artigos 837, 592 e 593 do Código Civil português.

Recurso extraordinário conhecido e provido.

3.8 Novas tendências na jurisprudência brasileira em direção ao reconhecimento da autonomia da vontade

1º TACivSP, AgIn 1.247.070-7, 12ª Câmara, relator Artur César Beretta da Silveira. 18 de dezembro de 2003:

EMENTA: Legislação estrangeira – Discussão sobre qual legislação deve ser aplicada no caso concreto, a estrangeira, objeto de eleição pelas partes, ou a brasileira – Contrato celebrado no estrangeiro com cláusula expressa de aplicação da legislação estrangeira – Validade – Por força de imposição da norma de direito internacional privado, é possível que seja aplicada uma lei estrangeira no Brasil, num dado caso concreto, e caberá ao órgão julgante averiguar se sua aplicabilidade não ofenderá os princípios de nossa organização política, jurídica e social, ou seja, a soberania nacional, a ordem pública ou os bons costumes

(...) De acordo com o princípio da autonomia da vontade, que preside a elaboração dos contratos, podem as partes eleger o foro de sua conveniência e escolher as leis que devem reger seus contratos. [...]

“(...) No caso, as partes desavindas contrataram, expressamente, na cláusula 14, que o **contrato seria regido e interpretado de acordo com as leis do Reino Unido**, e cada uma das partes naquele ato se submete circunscrição judicial de tais tribunais. **É inegável que nosso direito manteve a autonomia da vontade no campo da lei aplicável às obrigações contratuais**. Sustenta tal posição Haroldo Valladão e também o professor Irineu Strenger. Tem-se, portanto, que no Brasil **é admitida a escolha da lei aplicável nos contratos internacionais**, e como as partes no presente caso escolheram expressamente a lei do Reino Unido, esta escolha é válida e eficaz”.

2º Tribunal de Alçada Civil, AgIn 620.546-00/1, 1ª Câmara, relator Diogo de Salles. 13 de março de 2000:

Em princípio, entendo, nos termos do artigo 9º da Lei de Introdução ao Código Civil, que a lei que deveria disciplinar o arrendamento mercantil seria a inglesa, pois a obrigação foi constituída na Inglaterra (fls. 59 e 107). Todavia, como a autora da ação, sem objeção da ré, reportou-se ao Código Civil e ao de Processo Civil brasileiros, a lei brasileira é que norteará a questão.

Tais tendências são decisões isoladas que ainda não compuseram uma jurisprudência, mas se denota forte influência do que vem acontecendo mundialmente no contexto internacional das relações contratuais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio da autonomia da vontade nos contratos internacionais do comércio tem seus limites hoje impostos pelos tratados e convenções internacionais (limites externos), bem como os próprios limites impostos pelas partes nas tratativas negociais (limites internos), mas desde que as partes não tenham estipulado no contrato o que, consensualmente deverá ser respeitado em caso de dúvidas, litígios, e para dirimi-los deverão aplicar o sistema jurídico de um país membro ou não, considerando o foro para tais situações o que for estipulado em contrato.

Nesse tocante, se as partes não estipularem no contrato tais cláusulas, a jurisprudência, as decisões judiciais, as convenções internacionais e tratados, mesmo estando implícito na maioria dos sistemas jurídicos existentes, a questão da função social que exerce um contrato perante uma sociedade, seja indiretamente ou diretamente, a função social que exerce uma empresa, no mesmo sentido, não consideram totalmente relevantes e tornam tais institutos neutros em uma relação contratual, imparcialmente.

Se o código civil brasileiro contemplou o empresário como alguém que exerce função social ao gerar empregos, tributos dentre outros, tal contemplação há de ser considerada também nas hipóteses de gerar mais segurança jurídica nos contratos internacionais do comércio.

Como os institutos e limites jurídicos atuais ainda não se adequaram à realidade moderna do empresário, cabe a este procurar elaborar contratos que incluam a cláusula de foro competente para dirimir as dúvidas e litígios do mesmo, e eleger pontualmente, isto é, de forma bem clara, qual o sistema jurídico que será utilizado para julgar as lides que por ventura vierem a surgir entre os contratantes.

Esta atitude por parte do empresário irá trazer a real segurança jurídica em seus contratos, pois se depender dos tratados, convenções internacionais e jurisprudências atuais, o empresário pode se ver prejudicado por legislações alienígenas e ainda ter que dar como aceito o foro a ser aplicado tais questões judiciais, o que pode ser mais oneroso e complicado ao mesmo.

Quanto às convenções internacionais existentes o princípio da autonomia da vontade tem sua aplicação evidente em todas elas desde as Convenções de Haia de 1955, passando pelas Convenções de Viena e de Roma em 1980 até mesmo aos

atuais princípios trazidos pela Liga das Nações pelo UNIDROIT, respeitando além dos sistemas jurídicos internos de cada Estado, mas principalmente a vontade das partes que poderão, em regra, escolherem qual legislação será aplicada ao contrato internacional que elaborarem para os seus negócios, sendo esta conclusão uma segurança jurídica aos contratos internacionais entre pessoas privadas que estejam sujeitos a vários ordenamentos jurídicos antagônicos.

A cláusula de eleição de foro é o mecanismo contratual do qual as partes optam livremente em qual será o juízo que será apto para julgar o caso. O objetivo delas é utilizar a sua liberdade para abolir o risco de uma possível lide ser julgada por um país que não por este que foi livremente escolhido.

Neste meio, o posicionamento jurisprudencial de maior valor no Superior Tribunal de Justiça é de que, se for solicitado a julgar a lide oriunda de contrato que tenha cláusula de eleição de foro estrangeiro, o Poder Judiciário não se esquivará ao exame do mérito da causa.

De acordo com o que explicitam os julgados pátrios, a cláusula não repele a jurisdição estatal do conflito. Os Ministros caminham para uma consolidação do entendimento que nos casos em que a jurisdição brasileira for competente concorrentemente nos termos do Código de Processo Civil, a cláusula de eleição de foro estrangeiro restará sem eficácia.

Comparando de forma breve a jurisprudência europeia e norte-americana com a brasileira, pode-se afirmar que possuem posições grandiosamente opostas. Enquanto a brasileira é interventiva na vontade das partes, a estrangeira privilegia a manutenção da eleição contratual de foro em respeito à liberdade de escolha dos contratantes.

O que se mostra como uma solução de grande eficácia para a mudança desta definição pretoriana e legislativa é a lei de arbitragem brasileira, que aceita de forma expressa no plano arbitral o princípio da autonomia da vontade para a escolha do direito material aplicável.

Além disso, a aprovação pelo Brasil da CIDIP-V pode também ajudar na mudança do posicionamento brasileiro, que nos atuais moldes, vai em desacordo ao que é estabelecido na ordem mundial, prejudicando bastante o desenvolvimento das relações comerciais internacionais em nosso país.

A insegurança jurídica acaba sendo gerada nas contratações comerciais e prejuízos econômicos e políticos. Ainda há uma revelação de dificuldades no

processo de integração regional na América-latina: a indefinição em relação à uniformização jurídica;

Com isso, resta às empresas brasileiras continuarem a colocar a cláusula de eleição do direito material, com as precauções devidas em virtude do posicionamento brasileiro contrário.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Nadia de. **Contratos Internacionais: Autonomia da Vontade, MERCOSUL e Convenções Internacionais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. **Direito Internacional Privado: Teoria e prática brasileiras**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARRAL, Luiz Welber. **Comércio Internacional e desenvolvimento**. Florianópolis: Fundação Boitex, 2006.

BASSO, Maristela. **Contratos Internacionais do Comércio**. 2. ed. revista. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1998.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. São Paulo: Red Livros, 2001.

BITTAR, Carlos Alberto. **Curso de direito civil**. São Paulo: Forense Universitária, 1994. v.3.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Da possibilidade de caracterização dos contratos de EPC das plataformas P-52 e P-54 como contratos internacionais e da eventual aplicação da legislação internacional**. Disponível em: <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=1655&step=FullText>>. Acesso em: 02 ago.2012.

_____. Tribunal Regional Federal. **Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais**. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/ji_organos_internacionais/oea-conv.inter.dir.aplic.contrat.pdf>. Acesso em: 02 mai.2012.

BRESCIANI ADVOCACIA. **O princípio da autonomia da vontade na escolha do direito material aplicável aos contratos internacionais**. Disponível em: <<http://www.bresciani.com.br/index.php?codwebsite=&codpagina=00008739&codnoticia=0000003079>>. Acesso em: 02 ago.2012.

BULGARELLI, Waldirio. **Contratos Mercantis**. 8. ed São Paulo: Atlas. 1995.

CAMPOS, Diego Araújo. **Carreira Fiscal: Comércio Internacional**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

CÁRNIO, Thaís Cíntia. **Contratos Internacionais: teoria e prática**. São Paulo: Atlas, 2009.

CHAVES, Antônio. **Tratado de direito civil: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, tomo 3.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2010. V.1.

COSTA, José Augusto Fontoura; NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. As Cláusulas de Força Maior e de Hardship nos Contratos Internacionais. *In: Revista de Direito Mercantil*, v. 97, p, 76-103.

CRETELLA NETO, José. **Contratos Internacionais do Comércio**. Campinas: Millennium. 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 21.ed. rev., aumen., atual. São Paulo: Saraiva, 2011. v.3 e 4.

DIREITO É LEGAL. **Common Law e Civil Law**. Disponível em: <<http://direitoelegal.wordpress.com/2008/02/28/common-law-e-civil-law/>>. Acesso em: 19 mai.2012.

DUPUY, Prof. René-Jean. **Texaco Overseas Petroleum Company v. The Government of the Libyan Arab Republic, AD HOC AWARD OF JANUARY 19, 1977**. Disponível em: <<http://www.trans-lex.org/261700>>. Acesso em: 02 ago.2012.

ENGELBERG, Esther. **Contratos Internacionais do Comércio**. 4. ed. revista. São Paulo: Atlas. 2007.

FINKELSTEIN, Cláudio; VITA, Jonathan B.; CASADO FILHO, Napoleão (coord.) **Arbitragem Internacional: UNIDROIT, CISG e Direito Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

FIÚZA, César. **Direito Civil: curso complemento**. 8. ed. rev., atual., ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FORGIONI, Paula A. **Teoria dos contratos empresariais**. 2. ed. revista. São Paulo: RT. 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil**: volume IV: contratos, tomo 1: teoria geral. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Contratos e atos unilaterais. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. V.3.

JAEGER, Guilherme Pederneiras. **Lei Aplicável aos Contratos Internacionais**. Curitiba: Juruá, 2011.

KELSEN, Hans. **O que é justiça?** A justiça, o direito e a política no espelho da ciência. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

LINGUEE. **Dicionário redacional**. Disponível em: <<http://www.linguee.com.br/ingles-portugues/traducao/law+merchant.html>>. Acesso em: 19 mai.2012.

MAMEDE, Gladston. **Manual de Direito Empresarial**. São Paulo: Atlas, 2008.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Campinas: Bookseller, 2000.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: Contratos. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v.1.

ORLEANS, Amadeus. **Nota explicativa da secretaria da UNCITRAL sobre a convenção das nações unidas sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias**. Disponível em: <<http://www.cisg-brasil.net/doc/ExpINoteCISGTradAmadeusOrleans-Final.pdf>>. Acesso em: 10 mai.2012.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. 32.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v.1.

STOLZE, Pablo. **Novo Curso de Direito Civil**: Contratos: Teoria Geral, Volume IV, Tomo I. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRENGER, Irineu. **Contratos Internacionais do Comércio**. 4. ed. São Paulo: LTR, 2003.

TUTIKIAN, Priscila David Sansone. **O silêncio na formação dos contratos:** proposta, aceitação e elementos da declaração negocial. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil:** teoria Geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. Vol III.

VIANA, Lucas Mercês. **O princípio da autonomia da vontade empregado nos contratos internacionais de comércio:** uma proposta de reforma do artigo 9º da Lei de Introdução ao Código Civil. Publicado em 14 de maio de 2010. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/o-principio-da-autonomia-da-vontade-empregado-nos-contratos-internacionais-de-comercio-uma-proposta-de-reforma-do-artigo-9-da-lei-de-introducao-ao-codigo-civil/37824/#ixzz22Q2Razj1>>. Acesso em: 02 ago.2012.

ANEXOS

ANEXO 1 - Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais (Convenção do México de 1994) - CIDIP

Os Estados Partes nesta Convenção, REAFIRMANDO sua vontade de prosseguir o desenvolvimento e codificação do direito internacional privado entre Estados membros da Organização dos Estados Americanos;

REITERANDO a conveniência de harmonizar as soluções para as questões relacionadas com o comércio internacional;

CONSIDERANDO que a interdependência econômica dos Estados tem propiciado a integração regional econtinental e que, para estimular esse processo, é necessário facilitar a contratação internacional removendo as diferenças que seu contexto jurídico apresenta, CONVIERAM em aprovar a seguinte Convenção:

CAPÍTULO PRIMEIRO Âmbito de aplicação

Artigo 1

Esta Convenção determina o direito aplicável aos contratos internacionais.

Entende-se que um contrato é internacional quando as partes no mesmo tiverem sua residência habitual ou estabelecimento sediado em diferentes Estados Partes ou quando o contrato tiver vinculação objetiva com mais de um Estado Parte.

Esta Convenção aplicar-se-á a contratos celebrados entre Estados ou em que forem partes Estados, entidades ou organismos estatais, a menos que as partes no contrato a excluam expressamente. Entretanto, qualquer Estado Parte poderá declarar, no momento de assinar ou ratificar esta Convenção, ou a ela aderir, que ela não se aplicará a todos os contratos ou a alguma categoria de contrato em que o Estado, as entidades ou organismos estatais forem partes.

Qualquer Estado Parte, no momento de assinar ou ratificar esta Convenção, ou a ela aderir, poderá declarar a que espécie de contrato não se aplicará a mesma.

Artigo 2

O direito designado por esta Convenção será aplicável mesmo que se trate do direito de um Estado não Parte.

Artigo 3

As normas desta Convenção serão aplicáveis, com as adaptações necessárias e possíveis, às novas modalidades de contratação utilizadas em consequência do desenvolvimento comercial internacional.

Artigo 4

Para os efeitos de interpretação e aplicação desta Convenção, levar-se-ão em conta seu caráter internacional e a necessidade de promover a uniformidade da sua aplicação.

Artigo 5

Esta Convenção não determina o direito aplicável a:

a) questões derivadas do estado civil das pessoas físicas, capacidade das partes ou conseqüências da nulidade ou invalidado do contrato que decorram da incapacidade de uma das partes;

b) obrigações contratuais que tenham como objeto principal questões sucessórias, testamentárias, de regime matrimonial ou decorrentes de relações de família;

c) obrigações provenientes de títulos de crédito;

d) obrigações provenientes de transações de valores mobiliários;

e) acordos sobre arbitragem ou eleição de foro;

ANEXO 2 - Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias

OS ESTADOS PARTES NA PRESENTE CONVENÇÃO,

Tendo em conta os objetivos gerais inscritos nas resoluções relativas à instauração de uma nova ordem econômica internacional adotadas pela Assembléia Geral das Nações Unidas em sua sexta sessão extraordinária;

Considerando que o desenvolvimento do comércio internacional com base na igualdade e em vantagens mútuas constitui elemento importante na promoção de relações de amizade entre os Estados;

Estimando que a adoção de regras uniformes para reger os contratos de compra e venda internacional de mercadorias, que contemplem os diferentes sistemas sociais, econômicos e jurídicos, contribuirá para a eliminação de obstáculos jurídicos às trocas internacionais e promoverá o desenvolvimento do comércio internacional.

ACORDAM no seguinte:

PARTE I - CAMPO DE APLICAÇÃO E DISPOSIÇÕES GERAIS CAPÍTULO I - CAMPO DE APLICAÇÃO

Artigo 1

(1) Esta Convenção aplica-se aos contratos de compra e venda de mercadorias entre partes que tenham seus estabelecimentos em Estados distintos:

(a) quando tais Estados forem Estados Contratantes; ou

(b) quando as regras de direito internacional privado levarem à aplicação da lei de um Estado Contratante.

(2) Não será levado em consideração o fato de as partes terem seus estabelecimentos comerciais em Estados distintos, quando tal circunstância não resultar do contrato, das tratativas entre as partes ou de informações por elas prestadas antes ou no momento de conclusão do contrato.

(3) Para a aplicação da presente Convenção não serão considerados a nacionalidade das partes nem o caráter civil ou comercial das partes ou do contrato.

Artigo 2

Esta Convenção não se aplicará às vendas:

(a) de mercadorias adquiridas para uso pessoal, familiar ou doméstico, salvo se o vendedor, antes ou no momento de conclusão do contrato, não souber, nem devesse saber, que as mercadorias são adquiridas para tal uso;

(b) em hasta pública;

(c) em execução judicial;

(d) de valores mobiliários, títulos de crédito e moeda;

(e) de navios, embarcações, aerobarcos e aeronaves;

(f) de eletricidade.

Artigo 3

(1) Serão considerados contratos de compra e venda os contratos de fornecimento de mercadorias a serem fabricadas ou produzidas, salvo se a parte que as encomendar tiver de fornecer parcela substancial dos materiais necessários à fabricação ou à produção.

(2) Não se aplica esta Convenção a contratos em que a parcela preponderante das obrigações do fornecedor das mercadorias consistir no fornecimento de mão-de-obra ou de outros serviços.

Artigo 4

Esta Convenção regula apenas a formação do contrato de compra e venda e os direitos e obrigações do vendedor e comprador dele emergentes. Salvo disposição expressa em contrário da presente Convenção, esta não diz respeito, especialmente:

(a) à validade do contrato ou de qualquer das suas cláusulas, bem como à validade de qualquer uso ou costume;

(b) aos efeitos que o contrato possa ter sobre a propriedade das mercadorias vendidas.

Artigo 5

A presente Convenção não se aplica à responsabilidade do vendedor por morte ou lesões corporais causadas pelas mercadorias a qualquer pessoa.

Artigo 6

As partes podem excluir a aplicação desta Convenção, derrogar qualquer de suas disposições ou modificar-lhes os efeitos, observando-se o disposto no Artigo 12.

CAPITULO II - DISPOSIÇÕES GERAIS

Artigo 7

(1) Na interpretação desta Convenção ter-se-ão em conta seu caráter internacional e a necessidade de promover a uniformidade de sua aplicação, bem como de assegurar o respeito à boa fé no comércio internacional.

(2) As questões referentes às matérias reguladas por esta Convenção que não forem por ela expressamente resolvidas serão dirimidas segundo os princípios gerais que a inspiram ou, à falta destes, de acordo com a lei aplicável segundo as regras de direito internacional privado.

Artigo 8

(1) Para os fins desta Convenção, as declarações e a conduta de uma parte devem ser interpretadas segundo a intenção desta, desde que a outra parte tenha tomado conhecimento dessa intenção, ou não pudesse ignorá-la.

(2) Não sendo caso de aplicação do parágrafo anterior, as declarações e a conduta de uma parte devem ser interpretadas segundo o sentido que lhes teria dado uma pessoa razoável, com a mesma qualificação e nas mesmas circunstâncias da outra parte.

(3) Para determinar a intenção de uma parte, ou o sentido que teria dado uma pessoa razoável, devem ser consideradas todas as circunstâncias pertinentes ao caso, especialmente negociações, práticas adotadas pelas partes entre si, usos e costumes e qualquer conduta subsequente das partes.

Artigo 9

(1) As partes se vincularão pelos usos e costumes em que tiverem consentido e pelas práticas que tiverem estabelecido entre si.

(2) Salvo acordo em contrário, presume-se que as partes consideraram tacitamente aplicáveis ao contrato, ou à sua formação, todo e qualquer uso ou costume geralmente reconhecido e regularmente observado no comércio internacional, em contratos de mesmo tipo no mesmo ramo de comércio, de que tinham ou deveriam ter conhecimento.

Artigo 10

Para os fins da presente Convenção:

(a) quando uma parte tiver mais de um estabelecimento comercial, será considerado como tal aquele que tiver relação mais estreita com o contrato e com sua execução, tendo em vista as circunstâncias conhecidas pelas partes ou por elas consideradas antes ou no momento da conclusão do contrato;

(b) se uma parte não tiver estabelecimento comercial, considerar-se-á sua residência habitual.

Artigo 11

O contrato de compra e venda não requer instrumento escrito nem está sujeito a qualquer requisito de forma. Poderá ele ser provado por qualquer meio, inclusive por testemunhas.

Artigo 12

Não se aplicará qualquer das disposições dos artigos 11 e 29, ou da Parte II desta Convenção, que permita a celebração, alteração ou rescisão do contrato de compra e venda, ou a proposta, aceitação ou qualquer manifestação de intenção, por outra forma que não a escrita, quando uma das partes tiver seu estabelecimento comercial em Estado Contratante que tenha feito a declaração prevista no artigo 96 desta Convenção. As partes não poderão derrogar nem modificar o efeito do presente artigo.

Artigo 13

Para os fins desta Convenção, o termo "escrito" abrange o telegrama e o telex.

PARTE II - FORMAÇÃO DO CONTRATO

Artigo 14

(1) Para que possa constituir uma proposta, a oferta de contrato feita a pessoa ou pessoas determinadas deve ser suficientemente precisa e indicar a intenção do proponente de obrigar-se em caso de aceitação. A oferta é considerada suficientemente precisa quando designa as mercadorias e, expressa ou implicitamente, fixa a quantidade e o preço, ou prevê meio para determiná-los.

(2) A oferta dirigida a pessoas indeterminadas será considerada apenas um convite para apresentação de propostas, salvo se o autor da oferta houver indicado claramente o contrário.

Artigo 15

(1) A proposta se torna eficaz quando chega ao destinatário.

(2) Ainda que seja irrevogável, a proposta pode ser retirada, desde que a retratação chegue ao destinatário antes da própria proposta, ou simultaneamente a ela.

Artigo 16

(1) A proposta poderá ser revogada até o momento da conclusão do contrato, se a revogação chegar ao destinatário antes de este expedir a aceitação.

(2) A proposta não poderá, porém, ser revogada:

(a) se fixar prazo para aceitação, ou por outro modo indicar que seja ela irrevogável;

(b) se for razoável que o destinatário a considerasse irrevogável e tiver ele agido em confiança na proposta recebida.

Artigo 17

Mesmo sendo irrevogável, a proposta de contrato extinguir-se-á no momento em que chegar ao proponente a recusa respectiva.

Artigo 18

(1) Constituirá aceitação a declaração, ou outra conduta do destinatário, manifestando seu consentimento à proposta. O silêncio ou a inércia deste, por si só, não importa aceitação.

(2) Tornar-se-á eficaz a aceitação da proposta no momento em que chegar ao proponente a manifestação de consentimento do destinatário. A aceitação não produzirá efeito, entretanto, se a respectiva manifestação não chegar ao proponente dentro do prazo por ele estipulado ou, à falta de tal estipulação, dentro de um prazo razoável, tendo em vista as circunstâncias da transação, especialmente a velocidade dos meios de comunicação utilizados pelo proponente. A aceitação da proposta verbal deve ser imediata, salvo se de outro modo as circunstâncias indicarem.

(3) Se, todavia, em decorrência da proposta, ou de práticas estabelecidas entre as partes, ou ainda dos usos e costumes, o destinatário da proposta puder manifestar seu consentimento através da prática de ato relacionado, por exemplo, com a remessa das mercadorias ou com o pagamento do preço, ainda que sem comunicação ao proponente, a aceitação produzirá efeitos no momento em que esse ato for praticado, desde que observados os prazos previstos no parágrafo anterior.

Artigo 19

(1) A resposta que, embora pretendendo constituir aceitação da proposta, contiver aditamentos, limitações ou outras modificações, representará recusa da proposta, constituindo contraproposta.

(2) Se, todavia, a resposta que pretender constituir aceitação contiver elementos complementares ou diferentes mas que não alterem substancialmente as

condições da proposta, tal resposta constituirá aceitação, salvo se o proponente, sem demora injustificada, objetar verbalmente às diferenças ou envie uma comunicação a respeito delas. Não o fazendo, as condições do contrato serão as constantes da proposta, com as modificações contidas na aceitação.

(3) Serão consideradas alterações substanciais das condições da proposta, entre outras, as adições ou diferenças relacionadas ao preço, pagamento, qualidade e quantidade das mercadorias, lugar e momento da entrega, extensão da responsabilidade de uma das partes perante a outra ou o meio de solução de controvérsias.

Artigo 20

(1) O prazo de aceitação fixado pelo proponente em telegrama ou carta começará a fluir no momento em que o telegrama for entregue para expedição, ou na data constante da carta, ou, à falta desta, na data que constar do envelope. O prazo de aceitação que o proponente fixar por telefone, telex ou outro meio de comunicação instantâneo começará a fluir no momento em que a proposta chegar ao destinatário.

(2) Serão considerados na contagem de prazo os feriados oficiais ou os dias não úteis nele compreendidos. Todavia, caso a comunicação de aceitação não possa ser entregue no endereço do autor da proposta no último dia do prazo, por ser feriado ou dia não útil no local do estabelecimento comercial do proponente, o prazo considerar-se-á prorrogado até o primeiro dia útil subsequente.

Artigo 21

(1) A aceitação tardia produzirá efeito de aceitação caso o proponente, sem demora, informe verbalmente ou envie comunicação neste sentido ao destinatário.

(2) Se a carta ou outra comunicação escrita contendo aceitação tardia revelar ter sido expedida em condições tais que chegaria a tempo ao proponente caso a transmissão fosse regular, a manifestação tardia produzirá efeito de aceitação, salvo se o proponente, sem demora, informar ao destinatário que considera expirada sua proposta, ou enviar comunicação para este efeito.

Artigo 22

A aceitação poderá ser retirada desde que a retratação chegue ao proponente antes ou no momento em que a aceitação se tornaria eficaz.

Artigo 23

Considerar-se-á concluído o contrato no momento em que a aceitação da proposta se tornar eficaz, de acordo com as disposições desta Convenção.

Artigo 24

Para os fins desta Parte da Convenção, se considerará que a proposta, a manifestação de aceitação ou qualquer outra manifestação de intenção “chega” ao destinatário quando for efetuada verbalmente, ou for entregue pessoalmente por qualquer outro meio, no seu estabelecimento comercial, endereço postal, ou, na falta destes, na sua residência habitual.

PARTE III - COMPRA E VENDA DE MERCADORIAS

CAPITULO I - DISPOSIÇÕES GERAIS

Artigo 25

A violação ao contrato por uma das partes é considerada como essencial se causar à outra parte prejuízo de tal monta que substancialmente a prive do resultado que poderia esperar do contrato, salvo se a parte infratora não tiver previsto e uma pessoa razoável da mesma condição e nas mesmas circunstâncias não pudesse prever tal resultado.

Artigo 26

A declaração de resolução do contrato tornar-se-á eficaz somente quando notificada por uma parte à outra.

Artigo 27

Salvo disposição expressa em contrário nesta Parte da Convenção, se qualquer notificação, pedido ou outra comunicação for feita por uma das partes de conformidade com esta Parte da Convenção, por meios adequados às circunstâncias, o atraso ou erro na transmissão de ou o fato de não ter chegado a seu destino não prejudicará o direito desta parte de valer-se da referida comunicação.

Artigo 28

Se, de conformidade com as disposições da presente Convenção, uma das partes tiver o direito de exigir da outra o cumprimento de certa obrigação, o juiz não estará obrigado a ordenar sua execução específica salvo se devesse fazê-lo segundo seu direito nacional, em relação a contratos de compra e venda semelhantes não regidos pela presente Convenção.

Artigo 29

(1) O contrato poderá ser modificado ou resilido por simples acordo entre as partes.

(2) O contrato escrito que contenha disposição prevendo que qualquer modificação ou resilição somente se possa fazer por escrito não poderá ser modificado ou resilido por outra forma. Todavia, uma parte poderá ser impedida por sua própria conduta de invocar esta disposição, na medida em que a outra parte tiver confiado nessa conduta.

CAPÍTULO II - OBRIGAÇÕES DO VENDEDOR

Artigo 30

O vendedor estará obrigado, nas condições previstas no contrato e na presente Convenção, a entregar as mercadorias, a transmitir a propriedade sobre elas e, sendo o caso, a remeter os respectivos documentos.

Seção I - Entrega das mercadorias e remessa dos documentos

Artigo 31

Se o vendedor não estiver obrigado a entregar as mercadorias em determinado lugar, sua obrigação de entrega consistirá em:

(a) remeter as mercadorias ao primeiro transportador para traslado ao comprador, quando o contrato de compra e venda implicar também o transporte das mercadorias;

(b) fora dos casos previstos na alínea anterior, colocar as mercadorias à disposição do comprador no lugar em que se encontrarem, quando o contrato se referir a mercadorias específicas ou a mercadorias não identificadas que devam ser retiradas de um conjunto determinado ou devam ser fabricadas ou produzidas, e, no momento da conclusão do contrato, as partes souberem que as mercadorias se encontram, devem ser fabricadas ou produzidas em lugar determinado;

(c) pôr as mercadorias à disposição do comprador no lugar do estabelecimento comercial do vendedor no momento de conclusão do contrato, nos demais casos.

Artigo 32

(1) Se o vendedor, de conformidade com o contrato ou com a presente Convenção, remeter as mercadorias a um transportador sem que estas estejam claramente marcadas para os efeitos do contrato, mediante sinais de identificação, por documentos de expedição ou por qualquer outro meio, o vendedor deverá dar ao comprador aviso de expedição em que sejam especificadas as mercadorias.

(2) Se o vendedor estiver obrigado a providenciar o transporte das mercadorias, deverá celebrar os contratos necessários para que tal transporte seja efetuado até o lugar previsto, por meios adequados às circunstâncias e nas condições usuais para tanto.

(3) Se não estiver obrigado a contratar o seguro de transporte, o vendedor deverá fornecer ao comprador, a pedido deste, toda informação disponível que for necessária para a contratação de tal seguro.

Artigo 33

O vendedor deverá entregar as mercadorias:

(a) na data que houver sido fixada ou possa ser determinada de acordo com o contrato;

(b) em qualquer momento durante o prazo que houver sido fixado ou que possa ser determinado de acordo com o contrato, salvo se das circunstâncias resultar que caiba ao comprador a escolha da data; ou

(c) em qualquer outro caso, dentro de um prazo razoável a partir da conclusão do contrato.

Artigo 34

Se o vendedor estiver obrigado a remeter os documentos relativos às mercadorias, deverá entregá-los no momento, no lugar e na forma previstos no contrato. Em caso de remessa antecipada de documentos o vendedor poderá, até o momento fixado para a remessa das mercadorias, sanar qualquer desconformidade nos documentos, desde que não ocasione ao comprador inconvenientes ou despesas excessivas. Não obstante, o comprador mantém o direito de exigir indenização por perdas e danos, de acordo com a presente Convenção.

Seção II - Conformidade das mercadorias e reclamações de terceiros

Artigo 35

(1) O vendedor deverá entregar mercadorias na quantidade, qualidade e tipo previstos no contrato, acondicionadas ou embaladas na forma nele estabelecida.

(2) Salvo se as partes houverem acordado de outro modo, as mercadorias não serão consideradas conformes ao contrato salvo se:

(a) forem adequadas ao uso para o qual mercadorias do mesmo tipo normalmente se destinam;

(b) forem adequadas a algum uso especial que, expressa ou implicitamente, tenha sido informado ao vendedor no momento da conclusão do contrato, salvo se

das circunstâncias resultar que o comprador não confiou na competência e julgamento do vendedor, ou que não era razoável fazê-lo;

(c) possuírem as qualidades das amostras ou modelos de mercadorias que o vendedor tiver apresentado ao comprador;

(d) estiverem embaladas ou acondicionadas na forma habitual para tais mercadorias ou, à falta desta, de modo apropriado à sua conservação e proteção.

(3) O vendedor não será responsável por qualquer desconformidade das mercadorias em virtude do disposto nas alíneas (a) a (d) do parágrafo anterior, se, no momento da conclusão do contrato, o comprador sabia ou não podia ignorar tal desconformidade.

Artigo 36

(1) O vendedor será responsável, de acordo com o contrato e com a presente Convenção, por qualquer desconformidade que existir no momento da transferência do risco ao comprador, ainda que esta desconformidade só venha a se evidenciar posteriormente.

(2) O vendedor será igualmente responsável por qualquer desconformidade que ocorrer após o momento referido no parágrafo anterior, que seja imputável ao descumprimento de qualquer de suas obrigações, inclusive quanto à garantia de que, durante certo período, as mercadorias permanecerão adequadas a seu uso normal ou a determinado uso especial, ou que conservarão as qualidades ou características especificadas.

Artigo 37

Em caso de entrega das mercadorias antes da data prevista para a entrega, o vendedor poderá, até tal data, entregar a parte faltante ou completar a quantidade das mercadorias entregues, ou entregar outras mercadorias em substituição àquelas desconformes ao contrato ou, ainda, sanar qualquer desconformidade das mercadorias entregues, desde que não ocasione ao comprador inconvenientes nem despesas excessivas. Contudo, o comprador mantém o direito de exigir indenização por perdas e danos, de conformidade com a presente Convenção.

Artigo 38

(1) O comprador deverá inspecionar as mercadorias ou fazê-las inspecionar no prazo mais breve possível em vista das circunstâncias.

(2) Se o contrato envolver o transporte das mercadorias, a inspeção poderá ser adiada até a chegada delas a seu destino.

(3) Se o comprador alterar o destino das mercadorias em trânsito, ou as reexpedir sem ter tido oportunidade razoável de inspecioná-las, e no momento da conclusão do contrato o vendedor tenha tido ou devesse ter conhecimento da possibilidade de alteração de destino ou de reexpedição, a inspeção poderá ser adiada até a chegada das mercadorias a seu novo destino.

Artigo 39

(1) O comprador perderá o direito de alegar a desconformidade se não comunicá-la ao vendedor, precisando sua natureza, em prazo razoável a partir do momento em que a constatar, ou em que deveria tê-la constatado.

(2) Em qualquer caso, o comprador perderá o direito de alegar a desconformidade se não comunicá-la ao vendedor no prazo máximo de dois anos a partir da data em que as mercadorias efetivamente passarem à sua posse, salvo se tal prazo for incompatível com a duração da garantia contratual.

Artigo 40

O vendedor não poderá invocar as disposições dos artigos 38 e 39 se a desconformidade referir-se a fatos dos quais sabia, ou que não podia ignorar, e que não tenham sido revelados ao comprador.

Artigo 41

O vendedor deverá entregar as mercadorias livres de qualquer direito ou reivindicação de terceiros, salvo se o comprador tiver concordado em aceitá-las sujeitas a tal direito ou reivindicação. Todavia, se o referido direito ou reivindicação se basear em propriedade industrial ou em outro direito de propriedade intelectual, a obrigação do vendedor se regerá pelo artigo 42.

Artigo 42

(1) O vendedor deverá entregar as mercadorias livres de quaisquer direito ou reivindicação de terceiros com base em propriedade industrial ou em outro direito de propriedade intelectual do qual, no momento da conclusão do contrato, o vendedor souber ou não puder ignorar, desde que tal direito ou reivindicação tenha por fundamento propriedade industrial ou outro direito de propriedade intelectual:

(a) decorrente da lei do Estado em que as mercadorias devam ser revendidas ou de outra forma utilizadas se, no momento da conclusão do contrato, as partes houverem previsto que as mercadorias seriam revendidas ou de outra forma utilizadas nesse Estado, ou

(b) em qualquer outro caso, decorrente da lei do Estado em que o comprador tiver seu estabelecimento comercial.

(2) O vendedor não estará sujeito à obrigação prevista no parágrafo anterior se:

(a) no momento da conclusão do contrato o comprador tinha conhecimento ou não pudesse ignorar a existência do direito ou da reivindicação, ou (b) o direito ou a reivindicação resultar de o vendedor ter se ajustado a plantas, desenhos, fórmulas ou outras especificações técnicas fornecidas pelo comprador.

Artigo 43

(1) O comprador perderá o direito de invocar as disposições dos artigos 41 ou 42 se não comunicar ao vendedor o direito ou a reivindicação do terceiro, especificando sua natureza, dentro de um prazo razoável a partir do momento em que tiver ou dever ter conhecimento deles.

(2) O vendedor não poderá invocar o disposto no parágrafo anterior, se sabia do direito ou reivindicação do terceiro e de sua natureza.

Artigo 44

Sem prejuízo do disposto no parágrafo (1) do artigo 39 e no parágrafo (1) do artigo 43, o comprador poderá reduzir o preço, conforme o artigo 50, ou exigir a indenização das perdas e danos, exc1uídos os lucros cessantes, se puder apresentar justificativa razoável por não ter efetuado a necessária comunicação.

Seção III - Direitos e ações do comprador em caso de violação do contrato pelo vendedor Artigo 45

(1) Se o vendedor não cumprir qualquer das obrigações que lhe couberem de acordo com o contrato ou com a presente Convenção, o comprador poderá:

(a) exercer os direitos previstos nos artigos 46 a 52;

(b) exigir a indenização das perdas e danos prevista nos artigos 74 a 77.

(2) O comprador não perde o direito à indenização das perdas e danos por exercer seu direito a outras ações.

(3) Não poderá o juiz ou tribunal arbitral conceder ao vendedor qualquer período de graça, quando o comprador exercer ação contra a violação de contrato.

Artigo 46

(1) O comprador poderá exigir do vendedor o cumprimento de suas obrigações, salvo se tiver exercido qualquer ação incompatível com esta exigência.

(2) Se as mercadorias não estiverem conformes ao contrato, o comprador poderá exigir a entrega de outras mercadorias em substituição, desde que a desconformidade constitua violação essencial do contrato e o pedido de substituição de mercadorias seja formulado no momento da comunicação da desconformidade a que se refere o artigo 39, ou dentro de um prazo razoável a contar desse momento.

(3) Se as mercadorias não estiverem conformes ao contrato, o comprador poderá exigir do vendedor que as repare para sanar a desconformidade, salvo quando não for isto razoável em vista das circunstâncias. A solicitação de reparação das mercadorias deve ser feita no momento da comunicação a que se refere o artigo 39, ou em prazo razoável a contar desse momento.

Artigo 47

(1) O comprador poderá conceder ao vendedor prazo suplementar razoável para o cumprimento de suas obrigações.

(2) Salvo se tiver recebido a comunicação do vendedor de que não cumprirá suas obrigações no prazo fixado conforme o parágrafo anterior, o comprador não poderá exercer qualquer ação por descumprimento do contrato, durante o prazo suplementar.

Todavia, o comprador não perderá, por este fato, o direito de exigir indenização das perdas e danos decorrentes do atraso no cumprimento do contrato.

Artigo 48

(1) Sem prejuízo do disposto no artigo 49, o vendedor poderá, mesmo após a data da entrega, sanar por conta própria qualquer descumprimento de suas obrigações, desde que isto não implique demora não razoável nem cause ao comprador inconveniente ou incerteza não razoáveis quanto ao reembolso, pelo vendedor, das despesas feitas pelo comprador. Contudo, o comprador manterá o direito de exigir indenização das perdas e danos, nos termos da presente Convenção.

(2) Se o vendedor pedir ao comprador que lhe faça saber se aceita o cumprimento, e o comprador não lhe responder em prazo razoável, o vendedor poderá executar suas obrigações no prazo indicado em seu pedido. O comprador não poderá, antes do vencimento desse prazo, exercer qualquer direito ou ação incompatível com o cumprimento, pelo vendedor, das obrigações que a ele incumbem.

(3) Quando o vendedor comunicar ao comprador a intenção de cumprir suas obrigações em prazo determinado, será considerado incluído o pedido, nos termos do parágrafo anterior, para que o comprador lhe faça saber sua decisão.

(4) O pedido ou a comunicação feita pelo vendedor, nos termos dos parágrafos (1) e

(2) do presente artigo, não terá efeito se não for recebido pelo comprador.

Artigo 49

(1) O comprador poderá declarar o contrato rescindido:

(a) se o descumprimento, pelo vendedor, de qualquer das obrigações que lhe atribui o contrato ou a presente Convenção constituir violação essencial do contrato; ou

(b) no caso de falta de entrega, se o vendedor não entregar as mercadorias dentro do prazo suplementar concedido pelo comprador, conforme o parágrafo (1) do artigo 47, ou se declarar que não efetuará a entrega dentro do prazo assim concedido.

(2) Todavia, se o vendedor tiver entregue as mercadorias, o comprador perderá o direito de declarar o contrato rescindido, se não o fizer:

(a) em caso de entrega tardia, em prazo razoável após ter tomado conhecimento de que a entrega foi efetuada;

(b) em caso de outro descumprimento que não a entrega tardia, dentro de prazo razoável:

(i) após o momento em que tiver ou dever ter tido conhecimento da violação;

(ii) após o vencimento do prazo suplementar fixado pelo comprador conforme o parágrafo (1) do artigo 47, ou após o vendedor declarar que não executará suas obrigações no referido prazo suplementar, ou (iii) após o vencimento de qualquer prazo suplementar indicado pelo vendedor conforme o parágrafo (2) do artigo 48, ou após o comprador declarar que não aceitará o cumprimento.

Artigo 50

Se as mercadorias não estiverem conformes ao contrato, já tendo ou não sido pago o preço, o comprador poderá reduzir o preço proporcionalmente à diferença existente entre o valor das mercadorias efetivamente entregues, no momento da entrega, e o valor que teriam nesse momento mercadorias conformes ao contrato. Todavia, se o vendedor sanar qualquer descumprimento de suas obrigações, de acordo com o artigo 37 ou com o artigo 48, ou se o comprador negar-se a aceitar o

cumprimento pelo vendedor, de acordo com os mencionados artigos, o comprador não poderá reduzir o preço.

Artigo 51

(1) Se o vendedor entregar somente parte das mercadorias, ou se somente parte das mercadorias entregues estiver de acordo com o contrato, aplicar-se-ão os artigos 46 a 50 no tocante à parte faltante ou desconforme.

(2) O comprador somente poderá declarar resolvido o contrato se a entrega parcial ou a desconformidade constituir violação essencial do contrato.

Artigo 52

(1) Se o vendedor entregar as mercadorias antes da data fixada, o comprador poderá, a seu critério, recebê-las ou não.

(2) Se o vendedor entregar quantidade superior àquela prevista no contrato, o comprador poderá aceitar ou não a entrega da quantidade excedente. Se o comprador aceitar a entrega da totalidade ou de parte da quantidade excedente, deverá pagá-la de acordo com o preço do contrato.

CAPITULO III - OBRIGAÇÕES DO COMPRADOR

Artigo 53

O comprador deverá pagar o preço das mercadorias e recebê-las nas condições estabelecidas no contrato e na presente Convenção.

Seção I - Pagamento do preço

Artigo 54

A obrigação do comprador de pagar o preço compreenderá também tomar as medidas e cumprir os requisitos exigidos pelo contrato ou pelas leis ou regulamentos pertinentes destinadas a permitir o pagamento.

Artigo 55

Se o contrato tiver sido validamente concluído sem que, expressa ou implicitamente, tenha sido nele fixado o preço, ou o modo de determiná-lo, entender-se-á, salvo disposição em contrário, que as partes tenham implicitamente se referido ao preço geralmente cobrado por tais mercadorias no momento da conclusão do contrato, vendidas em circunstâncias semelhantes no mesmo ramo de comércio.

Artigo 56

Se o preço for fixado em função do peso das mercadorias, em caso de dúvida se adotará o peso líquido.

Artigo 57

(1) Se o comprador não estiver obrigado a pagar o preço em lugar determinado, deverá pagá-lo:

(a) no estabelecimento comercial do vendedor; ou

(b) no lugar em que se efetuar a entrega, se o pagamento tiver de ser feito contra entrega das mercadorias ou de documentos.

(2) O vendedor deverá arcar com qualquer aumento de despesas relativas ao pagamento que resultar da mudança de seu estabelecimento comercial depois da conclusão do contrato.

Artigo 58

(1) Se o comprador não estiver obrigado a pagar o preço em momento determinado, deve pagá-lo quando o vendedor colocar à sua disposição as mercadorias ou os documentos que as representarem, de acordo com o contrato ou com a presente Convenção. O vendedor poderá considerar o pagamento como condição para a entrega das mercadorias ou dos documentos.

(2) Se o contrato envolver transporte das mercadorias, o vendedor poderá expedi-las com a condição de que as mercadorias ou os documentos que as representarem só sejam entregues ao comprador contra o pagamento do preço.

(3) O comprador não estará obrigado a pagar o preço antes de ter tido a possibilidade de inspecionar as mercadorias, salvo se as modalidades de entrega ou de pagamento ajustadas pelas partes forem incompatíveis com essa possibilidade.

Artigo 59

O comprador deverá pagar o preço na data fixada ou que puder ser determinada nos termos do contrato e da presente Convenção, sem necessidade de qualquer solicitação ou outra formalidade por parte do vendedor.

Seção II - Recebimento

Artigo 60

A obrigação do comprador de proceder ao recebimento consistirá em:

(a) praticar todos os atos razoavelmente esperados para que o vendedor possa efetuar a entrega; e

b) tomar posse das mercadorias.

Seção III - Ações do vendedor em caso de violação do contrato pelo comprador Artigo 61

(1) Se o comprador não cumprir qualquer das obrigações que lhe incumbirem de acordo com o contrato ou com a presente Convenção, o vendedor poderá:

(a) exercer os direitos previstos nos artigos 62 a 65;

(b) exigir a indenização das perdas e danos previstos nos artigos 74 a 77.

(2) O vendedor não perde o direito à indenização das perdas e danos por exercer o direito a outras ações.

(3) Não poderá o juiz ou tribunal arbitral conceder ao comprador qualquer período de graça, quando o vendedor exercer uma ação por violação do contrato.

Artigo 62

O vendedor poderá exigir do comprador o pagamento do preço, o recebimento das mercadorias ou a execução de outras obrigações que a este incumbirem, salvo se o vendedor houver exercido algum direito ou ação incompatível com tal exigência.

Artigo 63

(1) O vendedor poderá conceder prazo suplementar razoável para cumprimento das obrigações que incumbirem ao comprador.

(2) O vendedor não pode, antes de vencido o prazo concedido conforme o parágrafo precedente, recorrer a qualquer ação por descumprimento do contrato, salvo se houver recebido comunicação do comprador de que não cumprirá suas obrigações neste prazo. Todavia, o vendedor não perderá, por isto, qualquer direito que possa ter de exigir perdas e danos pela mora no cumprimento pelo comprador.

Artigo 64

(1) O vendedor poderá declarar rescindido o contrato se:

(a) o descumprimento pelo comprador de qualquer das obrigações que lhe incumbem segundo o contrato ou a presente Convenção constituir violação essencial do contrato; ou

(b) o comprador não cumprir a obrigação de pagar o preço, ou não receber as mercadorias no prazo suplementar fixado pelo vendedor, de acordo com o parágrafo (1) do artigo 63, ou, ainda, declarar que não o fará no prazo assim fixado. 45

(2) Todavia, caso o comprador tenha pago o preço, o vendedor perderá o direito de declarar resolvido o contrato se não o fizer:

(a) antes que o vendedor tome conhecimento do cumprimento da obrigação, caso se trate de cumprimento tardio pelo comprador;

(b) caso se trate de descumprimento de outra natureza que não o cumprimento tardio pelo comprador, dentro de prazo razoável:

(i) após o momento em que teve ou deveria ter tido conhecimento do descumprimento; ou

(ii) após o vencimento do prazo suplementar fixado pelo vendedor de acordo com o parágrafo (1) do artigo 63, ou após o comprador ter declarado que não cumpriria suas obrigações dentro desse prazo.

Artigo 65

(1) Se o contrato dispuser que caberá ao comprador especificar a forma, as dimensões ou outras características das mercadorias e tal especificação não for efetuada na data ajustada, ou em prazo razoável após ter sido solicitada pelo vendedor, este poderá, sem prejuízo de quaisquer outros direitos que possa ter, efetuar ele próprio a especificação, de acordo com as necessidades do comprador das quais tiver conhecimento.

(2) Se a especificação for efetuada pelo próprio vendedor, este deve dar conhecimento ao comprador dos detalhes, concedendo-lhe prazo razoável para que efetue especificação diferente. Se, após receber a comunicação do vendedor, o comprador não se utilizar desta faculdade no prazo fixado, a especificação efetuada pelo vendedor tornar-se-á vinculante.

CAPITULO IV - TRANSFERÊNCIA DO RISCO

Artigo 66

A perda ou a deterioração das mercadorias ocorrida após a transferência de risco ao comprador não o libera da obrigação de pagar o preço, salvo se for decorrente de ato ou omissão do vendedor.

Artigo 67

(1) Se o contrato de compra e venda implicar também o transporte das mercadorias e o vendedor não estiver obrigado a entregá-las em lugar determinado, correrão por conta do comprador os riscos a partir da entrega das mercadorias ao primeiro transportador, para serem trasladadas ao comprador nos termos do contrato. Se o vendedor estiver obrigado a entregar as mercadorias ao transportador em lugar determinado, os riscos só se transferirão ao comprador quando as mercadorias forem entregues ao transportador naquele lugar. O fato de estar o vendedor autorizado a reter os documentos representativos das mercadorias não prejudicará a transferência do risco.

(2) Entretanto, o risco não se transferirá ao comprador até que as mercadorias estejam claramente identificadas para os efeitos do contrato, mediante a marcação das mercadorias, pelos documentos de expedição, por comunicação enviada ao comprador ou por qualquer outro modo.

Artigo 68

Se as mercadorias forem vendidas em trânsito, o risco se transferirá ao comprador a partir do momento em que o contrato for concluído. Não obstante, se assim resultar das circunstâncias, o risco será assumido pelo comprador a partir do momento em que as mercadorias tiverem passado para a posse do transportador que houver emitido os documentos referentes ao contrato de transporte. Todavia, o risco da perda ou deterioração correrá por conta do vendedor se, no momento da conclusão do contrato de compra e venda, o vendedor sabia ou devesse saber que as mercadorias sofreram perda ou deterioração, sem ter informado ao comprador.

Artigo 69

(1) Nos casos não compreendidos nos artigos 67 e 68, o risco se transferirá ao comprador quando este retirar as mercadorias ou, se não o fizer no tempo devido, a partir do momento em que as mercadorias forem colocadas à sua disposição, estando ele em violação contratual por recusar-se a recebê-las.

(2) Não obstante, se o comprador estiver obrigado a retirar as mercadorias noutro lugar que não o estabelecimento comercial do vendedor, o risco se transferirá quando a entrega se efetuar e o comprador souber que as mercadorias estão à sua disposição nesse lugar.

(3) Se o contrato se referir a mercadorias ainda não individualizadas, não se considerará que tenham sido postas à disposição do comprador até que sejam elas claramente identificadas para os efeitos do contrato.

Artigo 70

Se o vendedor houver cometido violação essencial do contrato, as disposições dos artigos 67, 68 e 69 não prejudicarão as ações de que dispõe o comprador em consequência de tal violação.

CAPITULO V - DISPOSIÇÕES COMUNS ÀS OBRIGAÇÕES DO VENDEDOR E DO COMPRADOR

Seção I - Violação antecipada e contratos com prestações sucessivas

Artigo 71

(1) Uma parte poderá suspender o cumprimento de suas obrigações se, após a conclusão do contrato, tornar-se evidente que a outra parte não cumprirá parcela substancial de suas obrigações, devido:

(a) a grave insuficiência em sua capacidade de cumpri-las, ou em sua solvência; ou

(b) à maneira como se dispõe a cumprir ou como cumpre o contrato.

(2) Se o vendedor houver expedido as mercadorias antes de se tornarem evidentes os motivos a que se refere o parágrafo anterior, poderá se opor a que o comprador tome posse das mercadorias, ainda que este seja portador de documento que lhe permita obtê-la. Este parágrafo refere-se somente aos direitos respectivos do comprador e do vendedor sobre as mercadorias.

(3) A parte que suspender o cumprimento de suas obrigações, antes ou depois da expedição das mercadorias, deverá comunicá-lo imediatamente à outra parte, mas deverá prosseguir no cumprimento se esta oferecer garantias suficientes do cumprimento de suas obrigações.

Artigo 72

(1) Se antes da data do adimplemento tornar-se evidente que uma das partes incorrerá em violação essencial do contrato, poderá a outra parte declarar a rescisão deste.

(2) Se dispuser do tempo necessário, a parte que pretender declarar a rescisão do contrato deverá comunicá-la à outra parte com antecedência razoável, para que esta possa oferecer garantias suficientes de que cumprirá suas obrigações.

(3) Os requisitos do parágrafo anterior não serão aplicáveis quando a outra parte houver declarado que não cumprirá suas obrigações.

Artigo 73

(1) Nos contratos que estipulem entregas sucessivas de mercadorias, o descumprimento por uma das partes das obrigações relativas a qualquer das entregas que constituir violação essencial do contrato em relação a esta entrega dará à outra parte o direito de declarar rescindido o contrato quanto a essa mesma entrega.

(2) Se o descumprimento, por uma das partes, de suas obrigações relativas a qualquer das entregas der à outra parte fundados motivos para inferir que haverá violação essencial do contrato com relação a futuras entregas, esta outra parte poderá declarar o contrato rescindido com relação ao futuro, desde que o faça dentro de prazo razoável.

(3) O comprador que declarar resolvido o contrato com relação a qualquer entrega poderá simultaneamente declará-lo resolvido com respeito a entregas já efetuadas ou a entregas futuras se, em razão de sua interdependência, tais entregas

não puderem se destinar aos fins previstos pelas partes no momento da conclusão do contrato.

Seção II - Perdas e Danos

Artigo 74

As perdas e danos decorrentes de violação do contrato por uma das partes consistirão no valor equivalente ao prejuízo sofrido, inclusive lucros cessantes, sofrido pela outra parte em consequência do descumprimento. Esta indenização não pode exceder à perda que a parte inadimplente tinha ou devesse ter previsto no momento da conclusão do contrato, levando em conta os fatos dos quais tinha ou devesse ter tido conhecimento naquele momento, como consequência possível do descumprimento do contrato.

Artigo 75

Se o contrato for rescindido e se, em modo e prazo razoáveis após a rescisão, o comprador proceder a uma compra substitutiva ou o vendedor a uma venda substitutiva, a parte que exigir a indenização poderá obter a diferença entre o preço do contrato e o preço estipulado na operação substitutiva, assim como quaisquer outras perdas e danos exigíveis de acordo com o artigo 74.

Artigo 76

(1) Se o contrato for rescindido e as mercadorias tiverem preço corrente, a parte que exigir a indenização das perdas e danos poderá, se não houver procedido à compra substitutiva ou à venda substitutiva previstas no artigo 75, obter a diferença entre o preço fixado no contrato e o preço corrente no momento da resolução, bem como quaisquer outras perdas e danos exigíveis em razão do artigo 74. Não obstante, se a parte que exigir a indenização houver resolvido o contrato após ter tomado posse das mercadorias, aplicar-se-á o preço corrente no momento de tomada de posse, em lugar do preço corrente no momento da rescisão.

(2) Para os fins do parágrafo anterior, o preço corrente será aquele do lugar onde a entrega das mercadorias deveria ter sido efetuada ou, na falta de preço corrente nesse lugar, o preço praticado em outra praça que puder razoavelmente substituí-lo, levando-se em consideração as diferenças no custo de transporte das mercadorias.

Artigo 77

A parte que invocar o inadimplemento do contrato deverá tomar as medidas que forem razoáveis, de acordo com as circunstâncias, para diminuir os prejuízos

resultantes do descumprimento, incluídos os lucros cessantes. Caso não adote estas medidas, a outra parte poderá pedir redução na indenização das perdas e danos, no montante da perda que deveria ter sido mitigada.

Seção III - Juros

Artigo 78

Se uma das partes deixar de pagar o preço ou qualquer outro valor devido, a outra parte terá direito a receber os juros correspondentes, sem prejuízo de qualquer indenização das perdas e danos exigíveis de acordo com o artigo 74.

Seção IV - Exclusão de responsabilidade

Artigo 79

(1) Nenhuma das partes será responsável pelo inadimplemento de qualquer de suas obrigações se provar que tal inadimplemento foi devido a motivo alheio à sua vontade, que não era razoável esperar fosse levado em consideração no momento da conclusão do contrato, ou que fosse evitado ou superado, ou ainda, que fossem evitadas ou superadas suas consequências.

(2) Se o inadimplemento de uma das partes for devido à falta de cumprimento de terceiro por ela incumbido da execução total ou parcial do contrato, esta parte somente ficará exonerada de sua responsabilidade se:

(a) estiver exonerada do disposto no parágrafo anterior; e

(b) o terceiro incumbido da execução também estivesse exonerado, caso lhe fossem aplicadas as disposições daquele parágrafo.

(3) A exclusão prevista neste artigo produzirá efeito enquanto durar o impedimento.

(4) A parte que não tiver cumprido suas obrigações deve comunicar à outra parte o impedimento, bem como seus efeitos sobre sua capacidade de cumpri-las. Se a outra parte não receber a comunicação dentro de prazo razoável após o momento em que a parte que deixou de cumprir suas obrigações tiver ou devesse ter tomado conhecimento do impedimento, esta será responsável pelas perdas e danos decorrentes da falta de comunicação.

(5) As disposições deste artigo não impedem as partes de exercer qualquer outro direito além da indenização por perdas e danos nos termos desta Convenção.

Artigo 80

Uma parte não poderá alegar o descumprimento da outra, na medida em que tal descumprimento tiver sido causado por ação ou omissão da primeira parte.

Seção V - Efeitos da rescisão 49

Artigo 81

(1) A rescisão do contrato liberará ambas as partes de suas obrigações, salvo a de indenizar as perdas e danos que possam ser devidas. Todavia, a rescisão não prejudicará as disposições contratuais a respeito da solução de controvérsias, nem qualquer outra estipulação do contrato que regule os direitos e obrigações das partes em caso de rescisão.

(2) A parte que tiver cumprido total ou parcialmente o contrato poderá reclamar da outra parte a restituição daquilo que houver fornecido ou pago nos termos do contrato. Se ambas as partes estiverem obrigadas a restituir, deverão fazê-lo simultaneamente.

Artigo 82

(1) O comprador perderá o direito de declarar resolvido o contrato, ou de exigir do vendedor a entrega de outras mercadorias em substituição àquelas recebidas, se for impossível ao comprador restituir tais mercadorias em estado substancialmente idêntico ao que se encontravam quando foram recebidas.

(2) Não se aplicará o parágrafo anterior se:

(a) a impossibilidade de restituir as mercadorias ou de restituí-las em estado substancialmente idêntico àquele em que o comprador as houver recebido não for imputável a qualquer ato ou omissão deste;

(b) as mercadorias, ou parte delas, tiverem perecido ou se deteriorado em consequência do exame prescrito no artigo 38; ou

(c) o comprador, antes de descobrir a desconformidade ou de dever tê-la descoberto, tiver vendido as mercadorias ou parte delas no curso normal de seus negócios, ou as tiver consumido ou transformado segundo o uso normal.

Artigo 83

O comprador que tiver perdido o direito de declarar resolvido o contrato, ou de exigir do vendedor a entrega de outras mercadorias em substituição àquelas recebidas, de acordo com o artigo 82, manterá, não obstante, todas as demais ações que lhe corresponderem, segundo o contrato e a presente Convenção.

Artigo 84

(1) Se o vendedor estiver obrigado a restituir o preço, deverá também reconhecer os juros correspondentes, a partir da data em que tiver ocorrido o pagamento do preço.

(2) O comprador deverá reconhecer ao vendedor o valor de todo proveito que tiver auferido com as mercadorias ou com parte delas:

(a) quando tiver de restituí-las, no todo ou em parte;

(b) quando lhe for impossível restituir a totalidade ou parte das mercadorias, ou restituí-las, no todo ou em parte, em estado substancialmente idêntico àquele em que as houver recebido, mas tiver, não obstante, declarado rescindido o contrato, ou exigido do vendedor a entrega de outras mercadorias em substituição àquelas recebidas.

Seção VI - Conservação das Mercadorias

Artigo 85

Se o comprador retardar o recebimento das mercadorias ou retardar o pagamento do preço quando tal pagamento for devido simultaneamente à entrega das mercadorias, o vendedor deverá adotar medidas razoáveis para a conservação destas, atendidas as circunstâncias, caso esteja na posse das mercadorias ou possa por outra forma dispor das mesmas. O vendedor terá direito a reter as mercadorias até que obtenha do comprador o reembolso dos gastos razoáveis que tiver realizado.

Artigo 86

(1) Se o comprador tiver recebido as mercadorias e tiver a intenção de exercer o direito de recusa conferido pelo contrato ou pela presente Convenção, deverá adotar as medidas que forem razoáveis, atendidas as circunstâncias, para a respectiva conservação. O comprador terá direito de reter as mercadorias até que obtenha do vendedor o reembolso dos gastos razoáveis que tiver realizado.

(2) Se as mercadorias remetidas ao comprador tiverem sido colocadas à disposição deste no lugar de destino e o comprador exercer o direito de recusa, este deverá tomar posse das mercadorias por conta do vendedor, quando for isso possível sem pagamento do preço, inconvenientes ou gastos não razoáveis. Esta disposição não se aplicará quando o vendedor ou a pessoa autorizada a tomar posse das mercadorias por conta deste estiver presente no local de destino. Os direitos e obrigações do comprador que tomar posse das mercadorias nos termos do presente parágrafo se regerão pelo parágrafo precedente.

Artigo 87

A parte que estiver obrigada a adotar medidas para a conservação das mercadorias poderá depositá-las em armazém de terceiro, por conta da outra parte, desde que os gastos resultantes não sejam não razoáveis.

Artigo 88

(1) A parte que estiver obrigada a providenciar a conservação das mercadorias, conforme as disposições dos artigos 85 e 86, poderá vendê-las por qualquer meio apropriado se a outra parte retardar por um tempo não razoável tomar posse delas, aceitar sua devolução ou pagar o preço dos gastos de sua conservação, desde que comunique à outra parte, com antecedência razoável, sua intenção de proceder à venda.

(2) Se as mercadorias estiverem sujeitas a rápida deterioração, ou se sua conservação exigir gastos não razoáveis, a parte que estiver obrigada a providenciar sua conservação conforme as disposições dos artigos 85 e 86 deverá adotar medidas razoáveis para vendê-las. Na medida do possível, deverá comunicar à outra parte sua intenção de proceder à venda.

(3) A parte que vender as mercadorias terá direito de reter, do produto da venda, importância equivalente aos gastos razoáveis que foram realizados com sua conservação e venda, devendo entregar o saldo à outra parte.

PARTE IV - DISPOSIÇÕES FINAIS

Artigo 89

O Secretário Geral das Nações Unidas fica designado depositário da presente Convenção.

Artigo 90 51

A presente Convenção não prevalece sobre qualquer acordo internacional já celebrado, ou que vier a sê-lo, que contenha disposições relativas às matérias regidas pela presente Convenção, desde que as partes tenham seus estabelecimentos comerciais em Estados Partes nesse acordo.

Artigo 91

(1) A presente Convenção estará aberta à assinatura na sessão de encerramento da

Conferência das Nações Unidas sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias e permanecerá aberta à assinatura de todos os Estados na Sede das Nações Unidas, em Nova York, até 30 de setembro de 1981.

(2) A presente Convenção está sujeita à ratificação, aceitação ou aprovação pelos Estados signatários.

(3) A presente Convenção estará aberta à acessão de todos os Estados que não sejam Estados signatários, a partir da data em que ficar aberta à assinatura.

(4) Os instrumentos de ratificação, aceitação, aprovação e acessão serão depositados em poder do Secretário Geral das Nações Unidas.

Artigo 92

(1) Qualquer Estado Contratante pode declarar, no momento da assinatura, ratificação, aceitação, aprovação ou acessão, que não adotará a Parte II ou a Parte III da presente Convenção.

(2) Qualquer Estado Contratante que tiver feito a declaração prevista no parágrafo anterior com relação à Parte II ou à Parte III da presente Convenção não se considerará Estado Contratante para os efeitos do parágrafo (1) do artigo 1 da presente Convenção, no que concerne às matérias que sejam regidas pela Parte a que se referir a declaração.

Artigo 93

(1) Qualquer Estado Contratante integrado por duas ou mais unidades territoriais nas quais, de conformidade com sua Constituição, forem aplicáveis sistemas jurídicos diversos relativamente às matérias objeto da presente Convenção poderá declarar, no momento da assinatura, ratificação, aceitação, aprovação ou acessão, que a presente Convenção se aplicará a todas suas unidades territoriais ou somente a uma ou a algumas delas, podendo modificar a qualquer momento sua declaração mediante outra declaração.

(2) Estas declarações serão notificadas ao depositário e nelas se fará constar expressamente a quais unidades territoriais a Convenção se aplicará.

(3) Se, em virtude de declaração feita nos termos deste artigo, a presente Convenção se aplicar a uma ou a algumas das unidades territoriais do Estado Contratante mas não a todas elas, e se o estabelecimento comercial de uma das partes estiver situado nesse Estado, considerar-se-á, para os efeitos da presente Convenção, que esse estabelecimento não está num Estado Contratante, salvo se se encontrar numa unidade territorial na qual a Convenção se aplicar.

(4) Se o Estado Contratante não fizer qualquer declaração nos termos do parágrafo (1) deste artigo, aplicar-se-á a Convenção a todas as unidades territoriais desse Estado. 52

Artigo 94

(1) Dois ou mais Estados Contratantes que tiverem normas jurídicas idênticas ou similares nas matérias que se regem na presente Convenção podem, a qualquer momento, declarar que a Convenção não se aplicará aos contratos de compra e

venda, ou à respectiva formação, quando as partes tiverem seus estabelecimentos comerciais nesses Estados. Tais declarações podem ser feitas conjuntamente ou mediante declarações unilaterais recíprocas.

(2) Qualquer Estado Contratante que tiver normas jurídicas idênticas ou similares às de um ou de vários Estados não contratantes, nas matérias que se regem na presente Convenção, poderá a qualquer momento declarar que a Convenção não se aplicará aos contratos de compra e venda, ou à respectiva formação, quando as partes tiverem seus estabelecimentos comerciais nesses Estados.

(3) Se o Estado a respeito do qual tiver sido feita a declaração prevista no parágrafo anterior tornar-se ulteriormente Estado Contratante, a referida declaração produzirá os efeitos da declaração prevista no parágrafo (1), a partir da data em que a Convenção vigorar em relação ao novo Estado Contratante, desde que este subscreva essa declaração, ou faça uma declaração unilateral de caráter recíproco no mesmo sentido.

Artigo 95

Qualquer Estado poderá declarar, no momento do depósito de seu instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou acessão, que não adotará a disposição da alínea (b) do parágrafo (1) do artigo 1 da presente Convenção.

Artigo 96

O Estado Contratante cuja legislação exigir que os contratos de compra e venda sejam concluídos ou provados por escrito poderá, a qualquer momento, fazer a declaração prevista no artigo 12, no sentido de que, caso qualquer das partes tenha seu estabelecimento comercial nesse Estado, não se aplicarão as disposições dos artigos 11 e 29, ou da Parte II da presente Convenção, que permitirem a conclusão, modificação ou resolução do contrato de compra e venda, ou a proposta, aceitação ou qualquer outra manifestação de intenção por qualquer forma que não a escrita.

Artigo 97

(1) As declarações feitas de conformidade com a presente Convenção, no momento da assinatura, estarão sujeitas a confirmação quando da respectiva ratificação, aceitação ou aprovação.

(2) As declarações e as confirmações de declarações serão feitas por escrito e serão formalmente notificadas ao depositário.

(3) As declarações surtirão efeitos a partir da data de entrada em vigor da presente Convenção em relação ao Estado a que se referirem. Não obstante, a declaração cuja notificação formal for recebida pelo depositário após tal entrada em vigor produzirá efeito no primeiro dia do mês seguinte ao término do prazo de seis meses, contados da data em que o depositário houver recebido a notificação. As declarações unilaterais recíprocas feitas conforme o artigo 94 produzirão efeito no primeiro dia do mês seguinte ao término do prazo de seis meses, contados da data em que o depositário houver recebido a última declaração.

(4) Qualquer Estado que fizer declaração conforme a presente Convenção poderá retirá-la a qualquer momento, mediante notificação formal, feita por escrito ao depositário. Esta retirada produzirá efeito no primeiro dia do mês seguinte ao término do prazo de seis meses, contados da data em que o depositário houver recebido a notificação.

(5) A retirada de declaração feita nos termos do artigo 94 tornará ineficaz qualquer declaração de caráter recíproco feita por outro Estado de conformidade com tal artigo, a partir da data em que tal retirada produzir efeito.

Artigo 98

Não se admitirão quaisquer reservas além daquelas expressamente autorizadas pela presente Convenção.

Artigo 99

(1) Esta Convenção entrará em vigor, observado o disposto no parágrafo (6) deste artigo, no primeiro dia do mês seguinte ao término do prazo de doze meses, contados da data em que houver sido depositado o décimo instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou acessão, incluindo o instrumento que contenha declaração feita nos termos do artigo 92.

(2) Quando um Estado ratificar, aceitar, aceder ou aprovar a presente Convenção, ou a ela aderir, após haver sido depositado o décimo instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou acessão, a Convenção, salvo a Parte excluída, entrará em vigor com relação a esse Estado no primeiro dia do mês seguinte ao término do prazo de doze meses, contado da data em que haja depositado seu instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou acessão, observado o disposto no parágrafo (6) deste artigo.

(3) Um Estado que ratificar, aceitar, aprovar a presente Convenção ou a ela aceder, for parte da Convenção relativa à Lei Uniforme sobre a Formação de

Contratos para a Venda Internacional de Mercadorias celebrada na Haia em 10 de junho de 1964 (Convenção da Haia de 1964 sobre a Formação), ou da Convenção relativa à Lei Uniforme sobre a Venda Internacional de Mercadorias celebrada na Haia em 10 de julho de 1964 (Convenção da Haia de 1964 sobre a Venda), ou de ambas as Convenções, deverá ao mesmo tempo denunciar, conforme o caso, a Convenção da Haia de 1964 sobre a Venda, a Convenção da Haia de 1964 sobre a Formação ou ambas as Convenções, mediante notificação para esse efeito dirigida ao Governo dos Países Baixos.

(4) Um Estado parte da Convenção da Haia de 1964 sobre a Venda que ratificar, aceitar ou aprovar a presente Convenção, ou a ela aceder, e declarar ou tiver declarado, nos termos do artigo 92, que não adotará a Parte II da presente Convenção, deverá, no momento da ratificação, aceitação, aprovação ou acessão, denunciar a Convenção da Haia de 1964 sobre a Venda, mediante notificação para esse efeito dirigida ao Governo dos Países Baixos.

(5) Um Estado parte da Convenção da Haia de 1964 sobre a Formação que ratificar, aceitar ou aprovar a presente Convenção, ou a ela aceder, e declarar ou tiver declarado, nos termos do artigo 92, que não adotará a Parte III da presente Convenção, deverá, no momento da ratificação, aceitação, aprovação ou acessão, denunciar a Convenção da Haia de 1964 sobre a Formação, mediante notificação para esse efeito dirigida ao Governo dos Países Baixos.

(6) Para os efeitos deste artigo, as ratificações, aceitações, aprovações e acessões com respeito à presente Convenção por Estados partes da Convenção da Haia de 1964 sobre a Formação ou da Convenção da Haia de 1964 sobre a Venda, não produzirão efeitos até que as denúncias que estes Estados devam fazer com relação a essas duas mencionadas Convenções tenham produzido seus devidos efeitos. O depositário da presente Convenção consultará o Governo dos Países Baixos, como depositário das Convenções de 1964, a fim de assegurar a necessária coordenação a este respeito.

Artigo 100

(1) Esta Convenção somente se aplicará à formação do contrato quando a oferta de conclusão do contrato se fizer a partir da data de entrada em vigor da Convenção, com relação aos Estados Contratantes a que se refere a alínea (a) do parágrafo (1) o artigo 1, ou com relação ao Estado Contratante a que se refere a alínea (b) do parágrafo (1) do artigo 1.

(2) Esta Convenção somente se aplicará aos contratos concluídos a partir da data de entrada em vigor da Convenção com relação aos Estados Contratantes a que se refere a alínea (a) do parágrafo (1) do artigo 1, ou com relação ao Estado Contratante a que se refere a alínea (b) do parágrafo (1) do artigo 1.

Artigo 101

(1) Qualquer Estado Contratante poderá denunciar a presente Convenção, sua Parte II ou sua Parte III mediante notificação formal, feita por escrito ao depositário.

(2) A denúncia produzirá efeito no primeiro dia do mês seguinte ao término do prazo de doze meses, contado da data em que a notificação houver sido recebida pelo depositário. Quando na notificação se estabelecer prazo mais longo para que a denúncia produza efeito, esta tornar-se-á eficaz no término desse prazo, contado da data em que a notificação houver sido recebida pelo depositário.

FEITA em Viena, no undécimo dia de abril de mil novecentos e oitenta, em um só original, cujos textos em árabe, chinês, espanhol, francês, inglês e russo são igualmente autênticos.

EM FÉ DO QUE os plenipotenciários abaixo assinados, devidamente autorizados por seus respectivos Governos, firmaram a presente Convenção.

NOTA EXPLICATIVA DA SECRETARIA DA UNCITRAL SOBRE A CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE CONTRATOS DE COMPRA E VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS*

*Esta nota explicativa foi preparada pela Secretaria da Comissão das Nações Unidas sobre o Direito do Comércio Internacional com propósitos meramente informativos; não se trata de um comentário oficial sobre a Convenção.

Tradução por Amadeus Orleans

INTRODUÇÃO

1. A Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias apresenta uma lei uniforme sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias. A Convenção foi preparada pela Comissão das Nações Unidas sobre o Direito do Comércio Internacional (UNCITRAL) e aprovada por uma conferência diplomática em 11 de abril de 1980.

2. A preparação de uma lei uniforme sobre os contratos de compra e venda internacional de mercadorias iniciou-se em 1930 no Instituto Internacional para a

Unificação do Direito Privado (UNIDROIT), em Roma. Após longa interrupção nos trabalhos devida à Segunda Guerra Mundial, o esboço foi apresentado em uma conferência diplomática em Haia realizada em 1964, na qual foram aprovadas duas convenções: uma sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias e outra sobre a formação de contratos de compra e venda internacional de mercadorias.

3. Quase que imediatamente após a aprovação das duas convenções houve críticas vastamente difundidas em relação às suas disposições, que refletiriam primordialmente as tradições jurídicas e as realidades econômicas da Europa Ocidental, região que contribuíra mais ativamente para sua preparação. Como consequência, uma das primeiras tarefas das quais se encarregou a UNCITRAL quando da sua formação em 1968 foi informar-se com os Estados sobre se eles pretendiam aderir àquelas convenções e quais as razões para suas posições. A partir das respostas recebidas, a UNCITRAL decidiu estudar as duas convenções para averiguar quais modificações poderiam torná-las suscetíveis de obter uma aceitação mais ampla de países de diferentes sistemas jurídicos, sociais e econômicos. O resultado deste estudo foi a aprovação, em 11 de abril de 1980, da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, a qual combina as matérias tratadas nas duas convenções anteriores.

4. O sucesso da UNCITRAL ao preparar uma convenção com aceitação mais ampla é provado pelo fato de que o grupo dos onze primeiros Estados, para os quais a Convenção entrou em vigor em 1º de janeiro de 1988, reuniu Estados de cada região geográfica, cada estágio de desenvolvimento econômico e cada principal sistema jurídico, social e econômico. Os primeiros onze Estados foram: Argentina, China, Egito, França, Hungria, Itália, Lesoto, Síria, Estados Unidos, Iugoslávia e Zâmbia.

5. Até 31 de janeiro de 1988, mais quatro Estados haviam aderido à Convenção: Áustria, Finlândia, México e Suécia.

6. A Convenção divide-se em quatro partes. A Parte I trata do campo de aplicação da Convenção e das disposições gerais. A Parte II contém as regras sobre a formação dos contratos de compra e venda internacional de mercadorias. A Parte III trata dos direitos e deveres contratuais básicos do comprador e do vendedor. A Parte IV contém as disposições finais da Convenção, relativas a assuntos como:

quando e como entrará em vigor, as reservas e declarações que são permitidas e a aplicação da Convenção a contratos de compra e venda internacional em que ambos Estados envolvidos tenham a mesma lei ou leis similares sobre a matéria.

Parte I. Campo de aplicação e disposições gerais

A. Campo de aplicação

7. Os artigos referentes ao campo de aplicação determinam o que está incluído e o que está excluído da abrangência da Convenção. As disposições sobre inclusão são as mais relevantes.

A Convenção aplica-se aos contratos de compra e venda de mercadorias firmados entre partes cujos estabelecimentos comerciais estejam situados em Estados diferentes e quando tais sejam Estados Contratantes ou quando as regras de direito internacional privado levarem à aplicação da lei de um Estado Contratante. Alguns poucos Estados aproveitaram-se da autorização presente no Artigo 95, para declarar que eles aplicariam a Convenção apenas na primeira situação, não na segunda. À medida que a Convenção se torne mais amplamente adotada, o significado prático de tal declaração diminuirá.

8. Os dispositivos finais estabelecem duas restrições adicionais em relação ao campo de aplicação territorial que serão relevantes para alguns poucos Estados. Uma delas aplica-se somente se um Estado for parte de outro tratado internacional que contenha dispositivos relativos à matéria desta Convenção; a outra permite que Estados que tenham a mesma lei doméstica ou leis domésticas similares sobre contratos de compra e venda declarem que a Convenção não se aplica entre eles.

9. Contratos de compra e venda são distintos de contratos de prestação de serviços em dois aspectos pelo Artigo 3º. Um contrato de fornecimento de mercadorias a serem fabricadas ou produzidas é considerado um contrato de compra e venda, exceto se a parte que as encomendar encarregar-se de fornecer parcela substancial dos materiais necessários para sua fabricação ou produção. Quando uma parcela preponderante das obrigações da parte fornecedora das mercadorias consistir no fornecimento de mão-de-obra ou na prestação de outros serviços, a Convenção não se aplica.

10. A Convenção contém uma lista de modalidades de contrato de compra e venda que estão excluídas do âmbito da Convenção, seja por causa do seu propósito (mercadorias compradas para uso pessoal, familiar ou doméstico), da sua natureza (venda feita em hasta pública, execução judicial ou de outra forma

determinada por lei) ou da natureza das mercadorias (valores mobiliários, títulos de crédito, dinheiro, navios, embarcações, aerobarcos, aeronaves ou eletricidade). Em muitos Estados algumas ou todas as modalidades mencionadas são regulamentadas por normas jurídicas específicas, conforme a sua natureza especial.

11. Vários artigos deixam claro que a matéria da Convenção restringe-se à formação do contrato e aos direitos e deveres contratuais do comprador e do vendedor. Em especial, a Convenção não trata da validade do contrato, dos efeitos que o contrato pode vir a causar sobre a propriedade das mercadorias vendidas ou da responsabilidade do vendedor por morte ou lesão causadas pelas mercadorias a terceiros.

B. Autonomia das partes

12. O princípio básico da liberdade contratual nos contratos de compra e venda internacional de mercadorias é reconhecido pela disposição que permite que as partes excluam a aplicação desta Convenção, derroquem suas disposições ou alterem seus efeitos. A exclusão da Convenção geralmente resultaria da escolha pelas partes da lei de um Estado não-contratante ou da lei doméstica de um Estado Contratante para ser a lei aplicável ao contrato. A derrogação da Convenção ocorreria sempre que um dispositivo do contrato forneça uma norma diferente daquela presente na Convenção.

C. Interpretação da convenção

13. Esta Convenção para a unificação das normas relativas à compra e venda internacional de mercadorias cumprirá melhor seu objetivo se for interpretada de forma compatível em todos os ordenamentos jurídicos. A sua preparação foi feita cuidadosamente para deixá-la a mais clara e fácil de entender possível. Entretanto, disputas surgirão em relação ao seu significado e à sua aplicabilidade. Quando isso ocorrer, todas as partes, incluindo cortes estatais e tribunais arbitrais, são advertidos a observarem o seu caráter internacional e promover a uniformidade em sua aplicação e a observância da boa-fé no comércio internacional. Em especial, quando uma questão em relação à matéria desta Convenção não estiver expressamente resolvida nela, tal questão deve ser resolvida em conformidade com os princípios gerais em que a Convenção se baseia. Somente na ausência de referidos princípios, deve a questão ser resolvida de acordo com a lei aplicável em virtude das normas de direito internacional privado.

D. Interpretação do contrato; usos e costumes

14. A Convenção contém disposições acerca da maneira como as declarações e a conduta de uma parte devem ser interpretadas no contexto da formação ou da execução do contrato. Os usos acordados pelas partes, as práticas que elas tenham estabelecido entre si e usos e costumes dos quais as partes tinham ou deveriam ter conhecimento e que sejam amplamente conhecidos e geralmente observados por partes em contratos do mesmo tipo do contrato em questão são todos vinculantes em relação às partes do contrato de compra e venda.

E. A forma do contrato

15. A Convenção não sujeita o contrato de compra e venda a qualquer previsão concernente à forma. Em especial, o Artigo 11 dispõe que não é necessário acordo escrito para que haja a formação do contrato. No entanto, se o contrato for escrito e contiver dispositivo determinando que qualquer modificação ou extinção consensual do contrato seja feita por escrito, o Artigo 29 prevê que o contrato não poderá ser modificado ou extinto de outra maneira. A única exceção é que a parte pode ser impedida por sua própria conduta de invocar tal dispositivo caso a outra parte tenha confiado nessa conduta.

16. Com o objetivo de harmonizar-se com aqueles Estados cuja legislação determina que contratos de compra e venda sejam formados ou comprovados por escrito, o Artigo 96 autoriza tais Estados a declarar que nem o Artigo 11 nem a exceção ao Artigo 29 se aplicam quando qualquer das partes do contrato tiver seu estabelecimento comercial situado naquele Estado.

Parte II. Formação do contrato

17. A Parte II da Convenção trata de uma série de questões que surgem no momento da formação do contrato a partir da emissão da oferta e da posterior aceitação. Quando a formação do contrato ocorre dessa maneira, o contrato torna-se perfeito e acabado quando a aceitação da oferta torna-se eficaz.

18. Para que uma proposta para contratar constitua uma oferta, ela precisa ser endereçada a uma ou mais pessoas determinadas e ser suficientemente precisa. Para que a proposta seja suficientemente precisa, ela deve designar as mercadorias e, expressa ou tacitamente, determinar a quantidade e o preço ou prever um critério para determiná-los.

19. A Convenção assume uma posição intermediária entre a doutrina da revogabilidade da oferta até o momento da aceitação e a da sua irrevogabilidade por um determinado período. A regra geral é de que uma oferta pode ser revogada. No

entanto, a retratação precisa chegar ao oblato antes de ele ter expedido uma aceitação. Além disso, uma oferta não pode ser revogada se ela indicar que é irrevogável, o que pode ser feito pela fixação de um prazo para aceitação ou de outra maneira. Ademais, uma oferta não poderá ser revogada se for razoável que o oblato acredite que a oferta é irrevogável e tenha agido com confiança nela.

20. A aceitação de uma oferta pode ser feita por meio de uma declaração ou de outra conduta do oblato que indique consentimento e seja comunicada ao proponente. Entretanto, em alguns casos a aceitação pode consistir na realização de um ato, como a expedição das mercadorias ou o pagamento do preço. Tal ato seria geralmente eficaz como uma aceitação no momento em que é realizado.

21. Um problema frequente relativo à formação contratual, talvez especialmente em relação aos contratos de compra e venda de mercadorias, surge a partir de uma resposta a uma oferta que pretende ser uma aceitação mas contém elementos aditivos ou distintos. De acordo com a Convenção, se os elementos aditivos ou distintos não modificarem materialmente os termos da oferta, a resposta constitui uma aceitação, salvo se o proponente contestá-los sem demora injustificada. Se ele não contestar, os termos do contrato são os termos da oferta com as modificações contidas na aceitação.

22. Se os elementos aditivos ou distintos modificarem materialmente os elementos essenciais do contrato, a resposta constitui uma contraproposta que precisa, por sua vez, ser aceita para que o contrato seja formado. Elementos aditivos ou distintos relativos a, entre outras coisas, preço, pagamento, qualidade e quantidade das mercadorias, lugar e momento da entrega, extensão da responsabilidade das partes ou meios de resolução de disputas são considerados como aptos a alterar materialmente os termos da oferta.

Parte III. Compra e venda de mercadorias

A. Obrigações do vendedor

23. As obrigações básicas do vendedor são entregar as mercadorias, repassar quaisquer documentos relacionados a elas e transferir a sua propriedade, conforme determinado pelo contrato e por esta Convenção. A Convenção fornece normas suplementares para aplicação na ausência de acordo contratual em relação a quando, onde e como o vendedor deve executar essas obrigações.

24. A Convenção fornece uma série de normas que determinam as obrigações do vendedor em relação à qualidade dos bens. Por via de regra, o vendedor deve

entregar mercadorias que são da quantidade, qualidade e descrição determinadas pelo contrato e que estejam empacotadas de acordo com o que foi por este estabelecido. Um grupo de normas de particular importância em contratos de compra e venda internacional de mercadorias envolve a obrigação do vendedor de entregar mercadorias livres de qualquer direito ou reivindicação de terceiros, incluindo direitos baseados em propriedade industrial ou outra modalidade de propriedade intelectual.

25. Correspondentes às obrigações do vendedor em relação à qualidade das mercadorias, a Convenção contém disposições acerca da obrigação do comprador de inspecionar os bens.

Ele deve notificar [o vendedor] sobre qualquer desconformidade em relação ao contrato em um período razoável depois de tê-la descoberto ou de dever tê-la descoberto, e em até dois anos a partir da data em que as mercadorias lhe tenham sido entregues de fato, salvo se esse prazo for incompatível com a duração da garantia contratual.

B. Obrigações do comprador

26. Comparadas com as obrigações do vendedor, as obrigações do comprador são menos extensas e relativamente simples; são elas as de pagar o preço pelas mercadorias e de tomar posse delas, conforme determinado pelo contrato e pela Convenção. A Convenção fornece normas suplementares a serem aplicadas na ausência de acordo contratual em relação a como o preço deve ser determinado e a quando e onde o comprador deve executar sua obrigação de pagar o preço.

C. Direitos e ações em caso de descumprimento contratual

27. Os direitos e ações cabíveis ao comprador por violação contratual pelo vendedor são determinados com relação às obrigações do vendedor e os direitos e ações cabíveis ao vendedor são determinados de acordo com as obrigações do comprador. Isso torna mais fáceis o uso e o entendimento da Convenção.

28. O padrão geral de direitos e ações cabíveis é o mesmo em ambos os casos. Se todas as condições estabelecidas são verificadas, a parte lesada pode exigir da outra parte o cumprimento das suas obrigações, reivindicar perdas e danos ou rescindir o contrato. O comprador também tem o direito de reduzir o preço pago caso as mercadorias entregues não estejam em conformidade com o contrato.

29. Dentre as mais importantes limitações ao direito reivindicatório de uma parte lesada está o conceito de inadimplemento substancial do contrato. Para que um inadimplemento seja considerado substancial, é preciso que provoque à outra parte prejuízo tal que a prive do que ela tem direito de esperar de acordo com o contrato, salvo se o prejuízo não tenha sido previsto pela parte descumpridora do contrato, nem tenha sido previsível pelo *bonus paterfamilias* nas mesmas circunstâncias. Um comprador pode exigir a entrega de mercadorias substitutas somente se as mercadorias entregues não estiverem em conformidade com o contrato e essa desconformidade constitua um inadimplemento substancial do contrato.

A existência de um inadimplemento substancial configura uma das duas circunstâncias que justificam a resolução do contrato pela parte lesada; caracterizando-se a outra no caso em que não ocorra a entrega das mercadorias pelo vendedor ou não ocorra o pagamento do preço ou ocorra falha na tomada de posse pelo comprador, a parte em descumprimento não sana as irregularidades em um período razoável fixado pela parte lesada.

30. Outras ações podem ser restringidas por circunstâncias especiais. Por exemplo, se as mercadorias não estiverem em conformidade com o contrato, o comprador pode exigir que o vendedor corrija a desconformidade por meio de conserto das mercadorias, salvo se isso não for razoável tendo em vista as circunstâncias. Uma parte não pode ser indenizada por perdas e danos que ela poderia ter mitigado por meio de medidas apropriadas. Uma parte pode ser isenta de indenizar perdas e danos resultantes de fato impeditivo superveniente que esteja além do seu controle.

D. Transferência do risco

31. Determinar o momento exato em que o risco em relação a perda ou deterioração das mercadorias é transferido do vendedor para o comprador é de grande relevância em contratos de compra e venda internacional de mercadorias. As partes podem regular essa questão no seu contrato por meio de uma cláusula expressa ou utilizando-se de um termo de comércio.

Entretanto, para os casos frequentes em que o contrato não contém tal disposição, a Convenção estabelece um conjunto completo de normas.

32. As duas situações especiais contempladas pela Convenção são quando o contrato de compra e venda envolve transporte das mercadorias e quando as

mercadorias são vendidas enquanto estão em trânsito. Em todos os demais casos o risco é transferido ao comprador quando ele toma posse das mercadorias ou a partir do momento em que as mercadorias são colocadas à sua disposição e ele se mantiver em mora por não tomar posse, o que ocorrer primeiro. No caso frequente em que o contrato é relativo a mercadorias que não estão então identificadas, elas precisam ser identificadas para efeitos do contrato antes de serem consideradas como colocadas à disposição do comprador e o risco de sua perda ser transferido a ele.

E. Suspensão do cumprimento das obrigações e inadimplemento antecipado

33. A Convenção contém normas especiais para a situação em que, antes da data em que a execução do contrato é devida, torna-se evidente que uma das partes não cumprirá uma parcela substancial das suas obrigações ou cometerá um inadimplemento substancial do contrato. É estabelecida distinção entre aqueles casos em que a outra parte pode suspender a sua própria execução do contrato, mas o contrato continua existindo à espera de eventos futuros, e aqueles em que ela pode declarar o contrato resolvido.

F. Isenção da responsabilidade de pagar perdas e danos

34. Quando uma parte não cumpre alguma de suas obrigações por conta de um fato impeditivo superveniente que esteja além do seu controle e não sendo razoável que ela o tivesse considerado no momento da formação do contrato, fato esse que ela não poderia ter evitado ou superado, há isenção de pagamento de perdas e danos. Essa isenção também pode aplicar-se caso o descumprimento seja devido à falha de um terceiro que tenha sido designado pela parte para executar parcela ou todo o contrato. No entanto, a parte está sujeita a qualquer outro remédio, incluindo redução do preço, se as mercadorias eram defeituosas em algum aspecto.

G. Conservação das mercadorias

35. A Convenção impõe a ambas as partes o dever de conservar quaisquer mercadorias em sua posse que sejam de propriedade da outra parte. Tal dever tem relevância ainda maior num contrato de compra e venda internacional de mercadorias em que a outra parte é de um país estrangeiro e talvez não tenha representantes no país em que as mercadorias estejam localizadas. Em determinadas circunstâncias a parte que tem a posse das mercadorias pode vendê-las ou até ser a vendê-las. A parte que vender as mercadorias tem o direito de reter

dos procedimentos de venda um montante igual ao incorrido de forma razoável por ela para preservar as mercadorias e vendê-las e deve entregar o saldo à outra parte.

Parte IV. Disposições finais

36. As disposições finais contêm os dispositivos usuais relativos à designação do Secretário Geral como depositário e determinando que a Convenção está sujeita a ratificação, aceitação ou aprovação por aqueles Estados que a assinaram até 30 de setembro de 1981, que está aberta para adesão por todos os Estados que não são signatários e que o texto é igualmente autêntico em árabe, chinês, inglês, francês, russo e espanhol.

37. A Convenção permite um determinado número de declarações. Aquelas relativas ao campo de aplicação e à exigência em relação a contrato escrito foram mencionadas acima. Há uma declaração especial para Estados que tenham sistemas jurídicos distintos regulando contratos de compra e venda em partes diferentes de seus territórios. Finalmente, um Estado pode declarar que não será vinculado pela Parte II, sobre a formação dos contratos, ou pela Parte III, sobre os direitos e deveres do comprador e do vendedor. Esta última declaração foi incluída como parte da decisão de combinar em uma só convenção a matéria das duas convenções de Haia de 1964.