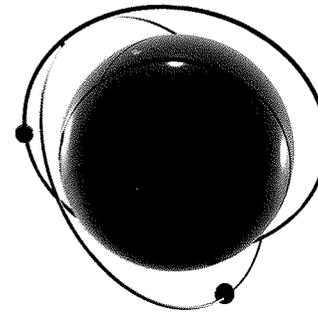


THAÍS CÍNTIA CÁRNIO



CONTRATOS INTERNACIONAIS

TEORIA E PRÁTICA

editora
atlas

◆2◆

Convenções e princípios

1 INTRODUÇÃO - CENÁRIO E RAZÕES PARA UNIFORMIZAÇÃO

Antes de estudarmos a elaboração dos contratos internacionais e os elementos que os compõem, vale apresentar algumas convenções e princípios que a eles são aplicáveis, caso os operadores de direito assim pactuem. Tais instrumentos buscam certa uniformização jurídica em sintonia com o cenário moderno, mas quais os motivos que levam a esse procedimento e quais os tipos de instrumento que dele resultam? É o que se pretende examinar na parte inicial deste capítulo.

Atualmente, muito se fala em globalização econômica e política. Nessas áreas, buscam-se parâmetros semelhantes com vistas a aprimorar o entendimento dos agentes dessas operações internacionais. Tenta-se atenuar o efeito de características profundamente arraigadas, originadas por questões culturais, com vistas a aproximar o entendimento entre as partes. Em suma, as partes querem fazer-se entender e serem entendidas.

Essa vontade não permeia apenas aspectos político-econômicos. Também é desejável que haja uma aproximação do tratamento jurídico destinado às relações contratuais, ainda que não estejam sob a égide do mesmo sistema jurídico, ou da mesma escola de pensamento. Diante de tal cenário

hodierno de internacionalização das relações comerciais, a necessidade de harmonização e unificação das normas que regem os contratos internacionais, notadamente no que se refere àquelas relacionadas à matéria comercial; é especialmente perceptível.

Além de fatos contextuais nos quais esses contratos estão inseridos, há razões atinentes à própria natureza do contrato que ensejam essa aproximação das regras jurídicas. Como exemplo, observa-se que os contratos comerciais refletem algumas características intrínsecas ao próprio direito comercial, tais como o dinamismo, o cosmopolitismo, a onerosidade e a simplicidade.

Tais contratos são dinâmicos, pois sua evolução deve acompanhar a celeridade com que os operadores do mercado internacional criam, desenvolvem e celebram negociações entre si. Não seria possível trazer conforto às partes contratantes se os instrumentos utilizados para patentear os negócios discutidos não fossem hábeis à sua correta retratação e pormenorização. Esse dinamismo não se compraz de regras por demais específicas e limitadoras, sendo extremamente útil alguma padronização nessa seara.

São cosmopolitas na medida em que sua utilização necessariamente transcende fronteiras, seja por seus elementos formais ou pelos materiais, ou, ainda, outro aspecto que os torne marcadamente internacionais. A harmonia das regras jurídicas seria em tudo consoante com esse cosmopolitismo.

Usualmente os contratos em tela são utilizados para sacramentar operações onerosas que em sua maioria implicam transferências internacionais de recursos. Modernamente, a unicidade normativa viria ao encontro da crescente e manifesta preocupação internacional com a lavagem de dinheiro, a evasão fiscal e a origem de recursos tramitados no mercado financeiro global com vistas a evitar o livre tráfego de recursos que fomentam o terrorismo ou se relacionam à compra e venda de narcóticos.

Por fim, a insistente busca pela simplicidade, por formas menos rígidas e sensíveis às premências da atividade mercantil moderna, conduz ao anseio de unificação do direito nos contratos internacionais.

Ainda que todas essas características demonstrem a imperiosidade de unificação dessas regulamentações, mesmo que de maneira gradual ou meramente parcial, alcançar esse objetivo não tem sido tarefa simples de ser cumprida.

Há diversas razões para isso. Dentre elas, pode-se destacar a diversidade existente entre os sistemas jurídicos aplicáveis às regras que determinam qual lei será utilizada para a regência do contrato, vedações à autonomia

das partes contratuais, além dos distintos aspectos culturais dos participantes da relação jurídica.

Apesar disso, mundialmente são realizadas conferências, palestras, encontros, num esforço constante de organizações internacionais e institutos imbuídos no propósito de harmonização das normas jurídicas aplicáveis aos contratos internacionais.

Essa busca tem sido realizada em diversos planos. A principal área de estudo é o direito material dos contratos, especialmente no que se convenção denominar direito internacional privado, área que se aprofunda na criação de regras de conflito uniformes.

Ademais, há grande empenho de cunho amplo na consecução de um direito comum aplicável aos contratos, mediante o qual seriam desenvolvidos princípios que regeriam a teoria geral dos contratos, incluindo a formulação de regras gerais com esse fim.

De outra feita, tais organizações também apresentam o foco específico da padronização de determinados tipos contratuais, desenvolvendo o que seria a disciplina contratual aplicável àquela figura típica.

Em ambos os casos, vários instrumentos são desenvolvidos por esses agentes e utilizados com o mencionado intuito unificador, sobre os quais se discorrerá a seguir.

2 INSTRUMENTOS DE UNIFORMIZAÇÃO DO DIREITO NOS CONTRATOS INTERNACIONAIS

Há vários tipos de regulação do comércio internacional. Não é pretensão dessa obra esgotar o tema, até porque essas categorias são renovadas e criadas com grande dinamismo, assim serão tratadas algumas classificações que atendem a essa análise por sua objetividade.

A classificação de Schmitthoff¹ distribui os diversos tipos de regulação do comércio internacional, classificando-os em três grandes grupos: (a) *uniform rules of general character*; (b) *standard contracts forms applying to specified international transactions*; e (c) *general terms of business*.

No rol *uniform rules of general character*, estão abarcadas as normas uniformes que podem ser aplicadas quando especificadas pelas par-

¹ SCHIMITHOFF, Clive M. *The export trade: the law and practice of international trade*. 6. ed. Londres: Stevens & Sons, 1975, p. 63.

tes contratantes, em qualquer tipo de transação, sem limitações aos tipos contratuais. Os *standard contracts forms applying to specified international transactions* são modelos de contrato padronizados que visam à regulamentação de transações comerciais específicas. Os *general terms of business* são condições gerais habitualmente utilizadas pelas partes contratantes em determinadas transações, como operações de comércio exterior no âmbito de contratos de importação e exportação.

Já Ralph Amisshah² aponta duas formas institucionais de uniformização do direito nos contratos internacionais: a *Institutionally offered Lex* (IoL) e a *State contracted International Law* (ScIL). Na primeira categoria, estão as regras e princípios propostos por instituições internacionais, como os princípios do UNIDROIT ou as regras uniformes editadas pela Câmara de Comércio Internacional. Já na segunda, estão os tratados e convenções, como a Convenção de Roma sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais, que será objeto de análise do presente capítulo.

Os instrumentos de ambas as categorias são frutos de anos de análise durante seu processo de elaboração, porém as normas propostas por instituições apresentam uma relevante vantagem em relação aos tratados e convenções, pois esses últimos necessitam de ratificação dos Estados para entrar em vigor; enquanto que regras e princípios podem ser aplicados aos contratos, bastando a manifestação das partes nesse sentido.

Os princípios gerais e regras atinentes aos contratos comerciais internacionais não necessitam de aprovação dos Estados e são aplicáveis para a regência dos contratos com eficácia imediata. Além disso, são passíveis de alteração, tornando-se mais sensíveis às mudanças cotidianas e necessidades práticas, bem como são suficientes para a administração de riscos e sua utilização confere um caráter transnacional aos contratos.³

No tocante aos tratados e convenções, julgamos oportuno salientar que o maior problema da uniformização do direito é o nível de primazia das regras uniformes quanto à autonomia da vontade no desenvolvimento da relação entre os contratantes.

² AMISSAH, Ralph. *Revisiting the Autonomous Contract: transnational contracting, trends and supportive structures*. 27 de agosto de 2000, p. 6. Disponível em: <http://www.jus.uio.no/lm/autonomous.contract.2000.amissah/doc.html>. Acesso: em 24 de abril de 2007.

³ AMISSAH, Ralph. *Revisiting the Autonomous Contract: transnational contracting, trends and supportive structures*. 27 de agosto de 2000, p. 7. Disponível em: <http://www.jus.uio.no/lm/autonomous.contract.2000.amissah/doc.html>. Acesso em: 24 de abril de 2007.

Isso ocorre por uma razão muito simples: se a lei uniforme não dispuser sobre sua aplicação facultativa, dificilmente os países desenvolvidos estarão dispostos a aprová-la, muito menos ratificá-la. Por outro lado, se não houvesse a obrigatoriedade de aplicação, os comerciantes mais poderosos e as grandes corporações acabariam impondo suas condições gerais ou mesmo contratos-tipo.

Os instrumentos de unificação desenvolvidos com o intuito de harmonizar o direito privado podem ter ou não caráter vinculativo. Caso tenham, estaremos diante de regras jurídicas de natureza supranacional, que obrigam os Estados que as subscreverem. Nesse rol, podem-se destacar as regras originadas por instituições supranacionais, competentes para impor que a legislação uniforme seja adotada pelos membros que a legitimam e reconhecem. É o que ocorre com os atos obrigatórios, que vinculam os membros da União Europeia ao seu cumprimento.

Outra modalidade pertencente a esse conjunto são as convenções internacionais que obrigam as partes que a elas aderem. Resumidamente, pode-se definir convenção como um acordo negociado entre representantes de dois ou mais Estados, que se torna obrigatório quando por eles ratificada e confirmada de acordo com os trâmites legislativos de cada convencionante, daí decorrendo obrigações de âmbito internacional.

Esse conceito será examinado detalhadamente ainda neste capítulo, quando analisaremos convenções aplicáveis aos contratos internacionais, como a Convenção sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais, aberta à assinatura em Roma em 19 de junho de 1980, e a Convenção das Nações Unidas sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, aprovada em Viena em 11 de abril de 1980, dentre outras.

Por outro lado, há instrumentos que não apresentam essa característica vinculante. Trata-se tão-somente de um modelo de regulação, um guia aos legisladores nacionais, que têm toda a liberalidade de aceitá-lo parcialmente, integralmente ou não recepcioná-lo.

Nessa seara encontram-se as regras e os princípios uniformes.⁴ São assim consideradas regras e princípios presentes em diversos sistemas jurídicos, que são compiladas por instituições internacionais. As partes negociadoras das operações internacionais poderão fazer referência expressa a tais

⁴ PINTO, Ferreira F. *Manual de Direito Comercial Internacional*, SPI, in *site* de Manuais sobre Inovação e Internacionalização, Capítulo 2 - O Regime Jurídico dos Contratos Internacionais, http://www.spi.pt/documents/books/inovint/dci/cap_apresentacao.htm, acessado em 18.4.2007.

compilações nos instrumentos que formalizam suas avenças, submetendo a elas seus termos e condições.

O Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT) exerce importante papel na elaboração dessas consolidações, e uma das evidências é o desenvolvimento dos Princípios Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais, cuja aplicação é o tema central desse trabalho, e cujo teor e características serão abordados com maior profundidade adiante.

As regras uniformes também pertencem a essa categoria não vinculante, e o exemplo mais representativo são as “Regras Uniformes Relativas às Cláusulas Contratuais Estipulando o Pagamento de uma Quantia em Caso de Descumprimento”, aprovadas pela Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (CNUDCI), em junho de 1983.

Ainda na vertente dos instrumentos unificadores não obrigatórios apresentam-se as leis-modelo: instrumentos que não objetivam a criação de regras, mas almejam a elaboração de uma minuta de texto legal oferecido ou proposto aos Estados para eventual incorporação em seus sistemas jurídicos. Como exemplo, citamos a Lei-Modelo sobre a Arbitragem Comercial Internacional, também aprovada pela CNUDCI, em 21 de junho de 1985.

Outra modalidade interessante de instrumentos não vinculantes são os contratos-tipo ou modelos contratuais uniformes, e cláusulas-tipo, que servem como base para a formalização de contratações, valendo-se de estipulações já consagradas pela prática comercial internacional.

Finalmente, vale ressaltar a importante contribuição dada pela uniformização terminológica para a aproximação dos agentes internacionais. Nesse sentido, é absolutamente adequado citar a elaboração dos *International Commercial Terms* ou *Incoterms*.

Tais termos são desenvolvidos e consolidados pelas Câmaras de Comércio Internacional com vistas a administrar, de forma prática e dinâmica, os conflitos decorrentes da interpretação de contratos internacionais entre exportadores e importadores referentes à efetiva transferência de mercadorias, despesas envolvidas nesse ato, e limites das responsabilidades pela eventual ocorrência de perdas e danos.

Apresentam-se como termos definidos internacionalmente de maneira uniforme e imparcial, simplificando e dinamizando a estipulação de obrigações entre partes pelo transporte de mercadorias nos negócios de âmbito internacional, especialmente no que tange à contratação de seguro e responsabilidade pelo pagamento do frete.

A Câmara de Comércio Internacional instituiu a primeira versão dos *Incoterms* em 1936, que foi atualizada por advogados especializados e operadores do mercado internacional em seis oportunidades, sempre visando acompanhar o ritmo do desenvolvimento do comércio internacional.⁵

Inicialmente, tais termos foram utilizados para os transportes marítimos e terrestres. Somente a partir de 1976, com a flagrante evolução e popularização de meios de transporte mais sofisticados, houve a extensão das definições às mercadorias transportadas via aérea.

Em 1990, acompanhando os avanços tecnológicos e a evolução do intercâmbio de dados informatizados, é publicada uma nova versão dos *Incoterms* contendo 13 diferentes modalidades. A versão ora vigente foi publicada em 2000 e considerou o crescimento das zonas de integração comercial, o aumento das comunicações por meio eletrônico e as mudanças nas práticas relativas ao transporte de mercadorias.

Expostos os principais instrumentos uniformizadores do direito aplicável aos contratos, passa-se à análise das convenções e dos princípios que mais diretamente afetam os contratos comerciais internacionais.

3 CONVENÇÕES

Conforme anteriormente examinado, as convenções internacionais ocupam respeitável papel no cenário dos instrumentos que auxiliam na uniformização do direito. Justamente por apresentar essa relevância, convém cuidar do seu conceito e evolução histórica, bem como expor algumas das principais convenções afetas à matéria contratual.

3.1 Conceito e Evolução Histórica

Há dois posicionamentos doutrinários a respeito do conceito do termo *convenção*, sob a luz do direito internacional público. Para a primeira corrente, convenção e tratado são sinônimos. A segunda corrente entende que convenção é gênero da espécie tratado.

⁵ Rules at the Core of World Trade in International Chamber of Commerce – The World Business Organization. Disponível em: <http://www.iccwbo.org/incoterms/id3045/index.html?cookies=no>. Acesso em: 19.4.2007.

Assumindo que *tratados* e *convenções* são termos sinônimos, convenção pode ser definida com o mesmo conceito de tratado. Nesse sentido, pode-se definir tratado como todo acordo formal celebrado entre sujeitos de direito internacional público e destinado à produção de efeitos jurídicos.

O art. 2º, (1), *a*, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados define que tratado é um acordo internacional celebrado por escrito entre Estados e regido pelo direito internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação particular.⁶

Tratados também podem ser entendidos como atos jurídicos de acordo com os quais os Estados e Organizações Internacionais criam, modificam ou extinguem uma relação de direito existente entre eles.⁷

A expressa manifestação de vontade dos participantes é fundamental, dado o caráter formal do instituto e a liberalidade de sua celebração.

Quanto aos agentes, cabe esclarecer que não apenas os Estados podem celebrar tratados. Qualquer pessoa internacional, inclusive as organizações internacionais intergovernamentais, os insurgentes e os governos em exílio, têm poderes para firmar tratados e convenções internacionais, desde que sejam reconhecidos como pessoas internacionais por pelo menos um Estado.⁸

Sendo assim, tratados e convenções podem ser definidos como o acordo formal entre os sujeitos de direito internacional público, que expressa a vontade de seus participantes de criar, modificar ou extinguir relações de direito que os envolvam, produzindo efeitos jurídicos na esfera internacional.

Por outro lado, conforme supramencionado, observa-se que o termo tratado consagra-se na literatura jurídica como um conceito muito abrangente, que abarca várias modalidades, como convenções, acordos, protocolos, declarações, cartas e concordatas.

À luz desse entendimento, convenções seriam tratados multilaterais que estabelecem normas gerais a todos os partícipes, por exemplo, Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional, Convenção sobre o Di-

⁶ Ministério das Relações Exteriores, Divisão de Atos Internacionais, Convenção de Viena. Disponível em: <http://www2.mre.gov.br/dai/dtrat.htm/>. Acesso em: 20.4.2007.

⁷ ARAÚJO, Luis Ivani Amorim. *Curso de direito internacional público*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 33.

⁸ PACÍFICO, Andréa Maria Calazans Pacheco. *Os tratados internacionais e o direito constitucional brasileiro*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 21.

reito do Mar, Convenções da Organização Internacional do Trabalho. O que distinguiria a convenção seria sua celebração com múltiplos participantes, envolvendo uma organização internacional.

A respeito da utilização das terminologias em tela, José Francisco Rezek⁹ comenta que o uso constante da fórmula “tratados e convenções” induz o leitor à conclusão de que são termos que designam diferentes elementos, gerando diversas dúvidas quanto à sua precisão terminológica.

Rezek prossegue pondo em dúvida se há razão científica para que os tratados constitutivos da Organização Internacional do Trabalho sejam denominados de “constituição”, ou se “protocolo” é necessariamente um tratado acessório. Conclui suas próprias divagações afirmando que o direito convencional contemporâneo não rende qualquer tributo às diversas tentativas doutrinárias de vincular a cada compromisso internacional um termo variante de tratado.

Verifica-se no cenário mundial moderno que esses termos têm se proliferado e muito, sendo usados de forma livre e indiscriminada (nas palavras de Rezek, até de maneira aleatória), sem qualquer compromisso sério com o purismo das definições consagradas nos livros de doutrina.

Excetuando o termo *concordata* – que tem a singular definição atribuída aos tratados bilaterais que apresentam a Santa Sé como partícipe –, hodiernamente, o que se pode afirmar é que não há rigor formal na aplicação de cada um dos vários termos variantes de tratado.

No máximo, observa-se a repetição de situações que primam por esta ou aquela terminologia. Pode-se corroborar essa percepção com a definição que o Ministério das Relações Exteriores do Brasil atribui ao termo *convenção*, explicando que este costuma ser empregado para designar atos multilaterais, oriundos de conferências internacionais e que versem assunto de interesse geral. Como exemplo, podem ser citadas as convenções de Viena sobre relações diplomáticas, relações consulares e direito dos tratados; as convenções sobre aviação civil, sobre segurança no mar, sobre questões trabalhistas.

Em geral, trata-se de um tipo de instrumento internacional destinado a estabelecer normas para o comportamento dos Estados em um leque cada vez mais abrangente de setores. Isso não afasta a existência de con-

⁹ REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 14-15.

venções bilaterais, seja pelos contornos da matéria tratada, seja por interessar a apenas dois Estados. Exemplo clássico é a Convenção destinada a evitar a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal celebrada com a Argentina (1980) e a Convenção sobre Assistência Judiciária Gratuita celebrada com a Bélgica (1955).¹⁰

Em qualquer hipótese, no material produzido pelo próprio Ministério das Relações Exteriores encontra-se uma observação muito importante, que resume a discussão sobre esse tema. Menciona, o Ministério,¹¹ que a denominação escolhida não influencia o caráter do instrumento celebrado entre as partes, pois o ato internacional deve ser formal, expresso, com teor definido, regido pelo direito internacional, envolvendo partes que sejam pessoas jurídicas de direito internacional público. A utilização de uma determinada terminologia poderá, no máximo, conduzir o leitor a perceber a natureza do conteúdo do tratado, em virtude da utilização costumeira e repetida que se faz desse ou daquele termo nos meios diplomáticos internacionais.

Modernamente os tratados e convenções apresentam essa fungibilidade terminológica, e, muitas vezes, são celebrados com vistas a evitar que a queda de fronteiras da globalização dê vazão a práticas ilícitas ou lesivas aos povos.

Aliás, o intuito de buscar a harmonia das relações é ancestral na matéria do direito internacional público. Historicamente, o primeiro registro seguro da celebração de um tratado bilateral situa-se entre 1280 e 1272 a.C.

Naquela época, foi celebrado um tratado entre Hatusil III, rei dos hititas, e Ramsés II, faraó egípcio da XIX dinastia, dispondo, dentre outras avenças, sobre paz perpétua entre os dois reinos, aliança contra inimigos comuns, comércio, migrações, extradição e o fim da guerra nas terras sírias.

As disposições do tratado egípcio-hitita aparentemente foram cumpridas com rigor, ensejando décadas de paz e cooperação entre os dois povos. Interessante notar que, posteriormente, essas duas grandes civilizações entraram em processo de decadência, sem que se tenha notícia de uma quebra sensível do compromisso assumido.¹²

¹⁰ Ministério das Relações Exteriores, Divisão de atos internacionais, Denominação dos atos internacionais. Disponível em: <http://www2.mre.gov.br/dai/003.html>. Acesso em: 20.4.2007.

¹¹ Ministério das Relações Exteriores, Divisão de atos internacionais, Denominação dos atos internacionais. Disponível em: <http://www2.mre.gov.br/dai/003.html>. Acesso em: 20.4.2007.

¹² REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 11-14.

Com o decorrer do tempo, verifica-se que houve ampliação do objeto dos tratados e convenções, com o aumento de partícipes e de temas abordados em seu conteúdo.

No século XX, dois novos elementos evidenciam o aprimoramento das relações internacionais: a formação e proliferação de organizações internacionais e o estabelecimento de regras para a formação dos acordos, ou seja, a codificação do direito dos tratados.

Organização internacional pode ser definida como uma associação voluntária de sujeitos de direito internacional que possui seu próprio sistema jurídico interno, composto de órgãos e institutos próprios, constituída por ato internacional e disciplinada nas relações entre as partes por regras de direito internacional. Tal sujeito tem por objetivo realizar as finalidades comuns de seus membros mediante funções particulares e o exercício de poderes que lhe foram conferidos por tais participantes, de acordo com seus regulamentos.

Do conceito supracitado extraem-se as principais características das organizações internacionais. Trata-se do resultado da voluntária associação de Estados, estabelecida e regulamentada mediante a assinatura de tratado, com personalidade distinta dos sujeitos que a constituíram, porém, com finalidade comum de seus membros.

Já a codificação dos tratados internacionais tem como marco inicial a celebração da Convenção sobre Tratados, celebrada em Havana, entre oito países (Brasil, Equador, Haiti, Honduras, Nicarágua, Panamá, Peru e República Dominicana), em 1928, e aprovada no Brasil pelo Decreto nº 18.958, de 22 de outubro de 1929.¹³

Em 1969, foi concluído o texto de um tratado que tinha por escopo o vínculo convencional entre Estados soberanos, envolvendo uma gama muito maior de Estados: a Convenção de Viena. Participaram 110 Estados, dos quais apenas 32 firmaram, naquela data, o documento.¹⁴ Esta convenção versa sobre as formalidades dos tratados no ambiente internacional.

A regra é que os Estados cumpram os tratados, não ocorrendo apenas se o tratado trazer grave violação à Constituição, afronta à sua soberania

¹³ Ministério das Relações Exteriores, Divisão de Atos Internacionais, Convenção sobre Tratados - Havana. Disponível em: <http://www2.mre.gov.br/dai/tratados.htm>. Acesso em: 21.4.2007.

¹⁴ Ministério das Relações Exteriores, Divisão de Atos Internacionais, Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Disponível em: <http://www2.mre.gov.br/dai/dtrat.htm>. Acesso em: 21.4.2007.

ou ordem pública. Nesse sentido, destaca-se que o Brasil ainda não ratificou essa convenção, nem incorporou ao direito interno seus termos, ainda que a sua aceitação não resultasse em inconstitucionalidade.

Em 1986, também em Viena, estabeleceu-se outra convenção sobre tratados celebrados entre organizações internacionais ou entre Estados e organizações internacionais, mas ainda não está em vigor.

Adiante, serão apresentadas certas convenções relevantes no cenário internacional cujos textos são afetos ao direito obrigacional.

3.2 Convenções Aplicáveis à Matéria

Dentre as convenções que afetam direta ou indiretamente a matéria contratual, ensejando a uniformização do direito que rege esse tema, relacionamos a seguir algumas que merecem especial destaque, conforme se expõe nos próximos itens.

3.2.1 Convenção de Viena sobre a Compra e Venda Internacional

Seria academicamente inadequado tratar da Convenção de Viena sobre a Compra e Venda Internacional sem que antes se fizesse um breve exame da comissão que lhe deu origem. Sensível ao crescente desenvolvimento econômico mundial, a Organização das Nações Unidas (ONU), de acordo com a Ata da Assembleia 2205 (XXI), de 17 de dezembro de 1966, criou uma comissão visando à padronização legal de instrumentos jurídicos, denominada Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional, a UNCITRAL.¹⁵

A UNCITRAL almeja facilitar os investimentos e o comércio internacional, desempenhando papel fundamental no desenvolvimento de estruturas de harmonização e modernização do direito comercial internacional, sem se limitar à resolução de disputas, incluindo práticas contratuais internacionais, comércio eletrônico e compra e venda de mercadorias.

Para tanto, essa comissão prepara e promove a adoção de instrumentos legislativos ou não, que são negociados por vários participantes, como or-

¹⁵ United Nations. *The UNCITRAL GUIDE - Basic Facts about the United Nations Commission on International Trade Law*, p. 1. Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/general/V0650941.pdf>. Acesso em: 26.4.2007.

ganizações não-governamentais, intergovernamentais e Estados-membros, que apresentam diferentes níveis de desenvolvimento econômico e escolas jurídicas muito distintas.¹⁶

Sua estrutura é composta por três diferentes níveis. O primeiro refere-se à comissão, propriamente dita, com sessões plenárias de periodicidade anual, realizadas alternadamente em New York e Viena. O segundo é composto pelos grupos de trabalho intergovernamentais comprometidos com o desenvolvimento de tópicos relacionados ao objeto da UNCITRAL. Finalmente, o terceiro refere-se ao secretariado, que tem por função assistir os dois outros níveis na condução de suas respectivas atividades.¹⁷

Dentre os vários tipos de textos produzidos, encontram-se as convenções, que são elaboradas para unificar o direito, estabelecendo obrigações legais vinculantes aos Estados que as ratificarem. A ONU considera que tais instrumentos são geralmente utilizados quando se objetiva a aquisição de alto grau de harmonização legal, reduzindo, assim, a necessidade de que uma parte se informe das peculiaridades legais de outra.¹⁸

Considerando que os contratos de compra e venda são especialmente frequentes na esfera internacional, atribui-se ao Grupo de Trabalho II a missão de produzir texto convencional a respeito da matéria. Em 1968, iniciam-se os trabalhos preliminares, sucedidos por nove sessões para desenvolvimento das discussões e elaboração dos artigos, sendo que a versão final foi publicada em 1980.¹⁹

A Convenção de Viena sobre a Compra e Venda Internacional propicia uma estrutura uniforme para contratos de venda de mercadorias entre partes que desenvolvam sua atividade mercantil em diferentes Estados, e que estariam potencialmente sujeitas às normas de mais de um país para a regência da relação contratual.²⁰

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ United Nations. *The UNCITRAL GUIDE - Basic Facts about the United Nations Commission on International Trade Law*, p. 2. Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/general/V0650941.pdf>. Acesso em: 26.4.2007.

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ UNCITRAL - United Nations Commission for International Trade Law, *Working Group II - 1968-1978: International Sale of Goods*. Disponível em: http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working_groups/2Sale_of_Good.html. Acesso em: 27.4.2007.

²⁰ United Nations. *General Assembly - Introduction to the digest of case law on the United Nations Sales Convention*, p. 1. Disponível em: <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/V04/548/75/PDF/V0454875.pdf?OpenElement>. Acesso em: 27.4.2007.

Cabe salientar que os elaboradores desse documento tomaram especial cuidado para evitar o uso de conceitos legais típicos desta ou daquela tradição jurídica, que normalmente estariam vinculados a um tratamento legal e doutrinário muito bem definido e cristalizado, dificultando sua permeabilidade em culturas legais diferenciadas.²¹ Isso ocorreu deliberadamente com o intuito de assegurar que o texto convencional fosse capaz de promover a harmonização do direito substantivo do maior número possível de países, a despeito das suas respectivas escolas jurídicas.²²

Outra técnica utilizada para manter a flexibilidade do texto foi a adoção de regras facilmente aplicáveis equivalentes às práticas domésticas dos países de origem das partes que integram a relação jurídica a ser estabelecida. Por exemplo, a notificação de não-conformidade das mercadorias deve ser dada em prazo “razoável”, e não em determinado número de dias.²³

A combinação das questões substantivas, das terminologias e de técnicas de redação efetivamente facilita a harmonização do direito internacional, contudo há um ponto de extrema relevância que merece ser observado: deve ser feita a interpretação uniforme do texto em diferentes jurisdições.²⁴

O próprio art. 7º da Convenção guia os operadores do direito nesse sentido ao dispor que, para a interpretação convencional, deverão ser considerados seu caráter internacional e a necessidade de que se promova a uniformidade de sua aplicação e a observância da boa-fé nas negociações comerciais.²⁵ O referido dispositivo estabelece que as questões cuja resolução não esteja claramente disposta no texto deverão ser dirimidas em conformidade com os princípios gerais nos quais se baseiam, ou, na ausência de princípios, consoante a lei aplicável diante das normas de direito internacional privado.²⁶

Com o objetivo de auxiliar juízes, advogados, árbitros e participantes de relações comerciais a difundir e aprimorar a interpretação uniforme

²¹ United Nations. *General Assembly - Introduction to the digest of case law on the United Nations Sales Convention*, p. 1. Disponível em: <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/V04/548/75/PDF/V0454875.pdf?OpenElement>. Acesso em: 27.4.2007.

²² *Ibidem*, p. 2.

²³ *Ibidem*, p. 2.

²⁴ *Ibidem*, p. 2.

²⁵ United Nations. *United Nation Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Article 7, item (1), p. 8. Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/CISG.pdf>. Acesso em: 30.4.2007.

²⁶ United Nations. *United Nation Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Article 7, item (2), p. 8. Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/CISG.pdf>. Acesso em: 30.4.2007.

do documento em voga, a UNCITRAL disponibiliza as decisões de cortes e tribunais arbitrais sobre seus textos e sua aplicação, em um sistema chamado CLOUT (Case Law on UNCITRAL Texts). O CLOUT está disponível em seis idiomas oficiais, possibilitando sobremaneira a disseminação de informações.²⁷

Outra importante fonte para a uniformização do texto convencional é o Digesto (no original, *Digest*). Trata-se de um sistema de pesquisa desenvolvido pela UNCITRAL em parceria com vários juristas de expressão internacional, dividido de acordo com os capítulos da convenção, contendo uma sinopse dos casos relevantes sobre a matéria, bem como interpretações análogas e abordagens divergentes.²⁸

Diferentemente do material disponível no CLOUT, que apresenta os casos na forma de ementas, no Digesto encontram-se os textos integrais das decisões.

Depreende-se que a Convenção de Viena sobre a Compra e Venda Internacional é um importante instrumento no cenário hodierno para a uniformização da matéria afeta às questões contratuais. Conforme já abordado, colabora para seu sucesso o fato de que sua aplicação não exclui a utilização das leis nacionais.²⁹

Atualmente, esse documento conta com a adesão de 70 países³⁰ de diferentes sistemas jurídicos e econômicos, que juntos respondem por mais de dois terços das transações comerciais no mercado internacional.³¹

Em que pese a importância internacional do instrumento em análise, até o momento o Brasil não ratificou a convenção. Isso implica o distanciamento do país na consecução do propósito uniformizador. Ademais, a ratificação do texto convencional seria um importante passo para a futura uni-

²⁷ United Nations. *General Assembly - Introduction to the digest of case law on the United Nations Sales Convention*, p. 3. Disponível em: <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/V04/548/75/PDF/V0454875.pdf?OpenElement>. Acesso em: 1.5.2007.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ BERMAN, Harold J.; KAUFMAN, Colin. *The Law of International Commercial Transactions* (Lex Mercatoria) in *Harvard International Law Journal*, Cambridge, v. 19, n. 1, p. 271, 1978.

³⁰ UNCITRAL - United Nations Commission for International Trade Law, *Status - 1980 United States Convention on Contracts in the International Sale of Goods*. Disponível em: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html. Acesso em: 27.4.2007.

³¹ United Nations. *General Assembly - Introduction to the digest of case law on the United Nations Sales Convention*, p. 1. Disponível em: <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/V04/548/75/PDF/V0454875.pdf?OpenElement>. Acesso em: 27.4.2007.

formização das normas internas dos países membros do MERCOSUL,³² uma vez que Argentina, Paraguai e Uruguai já tomaram essa medida.

3.2.2 Convenção de Roma sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais

O objetivo de unificar o direito internacional privado dos países que compõem a União Europeia é antigo. O intuito de codificar as regras de conflitos de leis remete-se a 1967, época em que o bloco de integração ainda se apresentava como Mercado Comum.³³

Essa proposta foi originalmente concebida pelos Reinos da Bélgica, dos Países Baixos e do Grão-Ducado de Luxemburgo, e visava substituir as regras de conflitos próprias de cada um dos Estados por regras uniformes, que regulariam tanto as relações intracomunitárias como entre os Estados-membros e países não membros. Os trabalhos iniciaram-se após o ingresso do Reino Unido, da Dinamarca e da Irlanda à Comunidade Europeia, em 1973. O âmbito delimitado limitou-se às questões contratuais.³⁴

O texto convencional foi finalizado nas línguas alemã, inglesa, dinamarquesa, francesa, grega, irlandesa, italiana e neerlandesa, e assinado em Roma, em 19 de junho de 1980, por Alemanha, Bélgica, França, Irlanda, Luxemburgo e Países Baixos. Posteriormente, a Dinamarca (10 de março de 1981), o Reino Unido (7 de dezembro de 1981) e a República Helênica (10 de abril de 1984) também firmaram a Convenção de Roma sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais.³⁵

Conforme previsto no art. 29, a Convenção entraria em vigor no primeiro dia do terceiro mês após o depósito do sétimo instrumento de ratificação, aceitação ou aprovação, o que ocorreu em 1º de abril de 1991, entre Alemanha, Bélgica, França, Itália, Luxemburgo, Reino Unido e Dinamarca. Países como Espanha, Portugal, Irlanda e Países Baixos ingressaram nesse grupo posteriormente.

³² ARAÚJO, Nádia de. *Contratos internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 126-127.

³³ LESGUILLONS, H. A Convenção de Roma de 19 de junho de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais. In: BAPTISTA, L. O.; HUCK, H. M.; CASELLA, P. B. (Org.) *Direito e comércio internacional: tendências e perspectivas* (Estudos em homenagem ao Prof. Irineu Strenger). São Paulo: LTr, 1994, p. 165.

³⁴ *Ibidem*, p. 166.

³⁵ *Ibidem*, p. 166.

O art. 30 dispõe que o mencionado documento terá duração de dez anos, renovável tacitamente a cada cinco anos, salvo denúncia notificada ao Secretário-Geral do Conselho das Comunidades Europeias, pelo menos seis meses antes de decorrido o prazo de dez anos ou de cinco anos, conforme o caso, e só terá efeito em relação ao Estado que tenha denunciado, mantendo-se em vigor relativamente aos demais Estados contratantes.³⁶

As regras estabelecidas na Convenção de Roma limitam-se às obrigações contratuais que comportam um conflito de leis, conforme disposto em seu art. 1º.³⁷

Consoante os relatores Mario Giuliano e Paul Lagarde, as regras uniformes somente serão aplicadas nos casos que envolvam a escolha de leis de países distintos. Trata-se de obrigações contratuais que envolvam mais de um elemento de conexão com sistemas jurídicos de países diferentes, que poderiam ensejar a aplicação de vários ordenamentos.³⁸

A Convenção de Roma não é aplicável ao Estado e à capacidade das partes, às obrigações contratuais relativas a testamentos e sucessões por morte, regimes de bens no matrimônio, direitos e deveres decorrentes de direito de família, obrigações decorrentes de títulos de crédito, convenções de arbitragem e de eleição do foro, questões referentes ao direito das sociedades, associações e pessoas coletivas, bem como a responsabilidade pessoal legal dos associados e dos órgãos relativamente às dívidas da sociedade, associação ou pessoa coletiva e vinculação dessas sociedades a terceiros, à constituição de agentes fiduciários e suas relações entre os constituintes e beneficiários, à prova e ao processo, a contratos de seguro que cubram riscos situados nos territórios dos Estados-membros da União Europeia, salvo contratos de resseguro.³⁹

Cabe salientar que há reserva à inaplicabilidade da convenção à capacidade das partes, cujo objetivo é tentar impedir que um contratante alegue sua incapacidade após a conclusão do contrato, principalmente para se eximir das responsabilidades assumidas perante a outra parte.

³⁶ LESGUILLONS, H. A Convenção de Roma de 19 de junho de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais. In: BAPTISTA, L. O.; HUCK, H. M.; CASELLA, P. B. (Org.) *Direito e comércio internacional: tendências e perspectivas* (Estudos em homenagem ao Prof. Irineu Strenger). São Paulo: LTr, 1994, p. 166.

³⁷ ROME CONVENTION, Original Version, art. 1º. Disponível em: http://www.rome-convention.org/instruments/i_conv_orig_pt.htm. Acesso em: 9.5.2007.

³⁸ ROME CONVENTION, Text of Giuliano Lagarde Report. Disponível em: http://www.rome-convention.org/instruments/i_rep_lagarde_en.htm. Acesso em: 9.5.2007.

³⁹ ROME CONVENTION, Original Version, art. 1º. Disponível em: http://www.rome-convention.org/instruments/i_conv_orig_pt.htm. Acesso em: 9.5.2007.

Assim sendo, o art. 11 define que se um contrato é celebrado entre pessoas que se encontram no mesmo país, a parte considerada capaz segundo a lei desse país só poderá invocar a sua incapacidade se esta decorrer de uma outra lei se, no momento da celebração do contrato, a outra parte tinha conhecimento dessa incapacidade ou a desconhecia por imprudência.

Também é interessante observar que a Convenção não se aplica às obrigações decorrentes de cheques, letras de câmbio e notas promissórias por seus relatores entenderem que a Convenção de Genebra, à qual aderiram vários Estados-membros da comunidade, regulamenta a maior parte dessa matéria. Ademais, entendem os autores que diversos Estados-membros da União Europeia consideram essas obrigações como não contratuais.⁴⁰

Por outro lado, o documento apresenta caráter universal, por isso, a lei designada para regência de acordo com os termos convencionais será aplicável ainda que essa lei seja de um Estado não integrante da Convenção.⁴¹

O art. 3º estabelece que as partes têm liberdade para escolher a lei que regerá o contrato, podendo, inclusive, ser alterada ou mesma eleita regulação estrangeira. Cabe salientar que não será afastada a aplicação das disposições não derogáveis por acordo, denominadas no parágrafo 3º desse artigo como “disposições imperativas”.⁴²

O parágrafo segundo do art. 7º estabelece, ainda, que não poderá haver prejuízo da aplicação das regras do país do foro que regulem imperativamente o caso concreto, independentemente da lei aplicável ao contrato. Conforme lições de Lesguillons,⁴³ essa previsão refere-se às leis de aplicação imediata ou leis de polícia do juiz competente para dirimir controvérsias sobre o contrato.

A lei escolhida ao amparo do art. 3º regerá a interpretação do contrato, o cumprimento das obrigações nele estipuladas, as consequências do descumprimento total ou parcial dessas obrigações (considerados os limites dos poderes atribuídos ao tribunal pela respectiva lei de processo), as cau-

⁴⁰ ROME CONVENTION, Text of Giuliano Lagarde Report. Disponível em: http://www.rome-convention.org/instruments/i_rep_lagarde_en.htm. Acesso em: 9.5.2007.

⁴¹ ROME CONVENTION, Original Version, art. 1º. Disponível em: http://www.rome-convention.org/instruments/i_conv_orig_pt.htm. Acesso em: 17.5.2007.

⁴² Ibidem.

⁴³ LESGUILLONS, H. A Convenção de Roma de 19 de junho de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais. In: BAPTISTA, L. O.; HUCK, H. M.; CASELLA, P. B. (Org.) *Direito e comércio internacional: tendências e perspectivas (Estudos em homenagem ao Prof. Irineu Strenger)*. São Paulo: LTr, 1994, p. 188.

sas de extinção das obrigações, a prescrição e a caducidade fundadas no decurso de um prazo e as consequências da invalidade do contrato.⁴⁴

O documento não deixa sem respostas as situações nas quais as partes não tenham escolhido a lei de regência contratual. Nessa hipótese, o art. 4º, em seu parágrafo primeiro, prescreve que a lei será a do país com o qual o contrato apresente a conexão mais estreita.

A determinação sobre os laços mais estreitos é tratada nos parágrafos seguintes. Presume-se, por exemplo, que há conexão mais estreita com o país onde a parte que está obrigada a fornecer a prestação característica do contrato tem, no momento da celebração, a sua residência habitual ou, no caso de empresa, a sua administração central.

Por outro lado, se a prestação do serviço avençada deve ser fornecida por estabelecimento diverso do principal, o elo mais estreito será o país da situação desse estabelecimento. Ademais, se o objeto contratual versar acerca de direito real sobre bem imóvel ou direito de uso de um bem imóvel, a conexão mais estreita se dará com o país onde o imóvel está situado.

Excepcionalmente, poderá ser aplicável a *dépeçage* do instrumento, nos casos em que partes específicas e separáveis do todo apresentem maior estreiteza com a regulamentação de outro país. *Dépeçage*, ou fracionamento, é mecanismo pelo qual um contrato é seccionado em diversas partes, sendo cada uma delas submetida a diferentes sistemas jurídicos. Esse fenômeno poderá ocorrer em dois níveis: na primeira hipótese, as normas do Direito Internacional Privado poderão orientar que o objeto contratual seja regido por uma lei, enquanto a capacidade das partes, a sua forma e execução serão regidos por outro sistema jurídico. Na segunda hipótese, a própria autonomia da vontade das partes irá determinar se uma ou mais leis serão aplicáveis aos contratos, desde que não contrariem as normas internas dos sistemas aos quais as partes contratuais submetem-se.

No que se refere à interpretação das regras uniformes, o art. 18 esclarece que se deve considerar o caráter internacional e a conveniência de serem interpretadas e aplicadas de modo uniforme.

Giuliano e Lagarde⁴⁵ comentam que essa redação baseia-se na fórmula desenvolvida pela Comissão de Direito dos Negócios Internacionais das

⁴⁴ Ibidem.

⁴⁵ ROME CONVENTION, Text of Giuliano Lagarde Report. Disponível em: http://www.rome-convention.org/instruments/i_rep_lagarde_en.htm. Acesso em: 9.5.2007.

Nações Unidas, utilizada no art. 7º da Convenção de Viena sobre a Compra e Venda Internacional, conforme já mencionado neste trabalho.

Conforme lição dos autores, o art. 18 atua como um lembrete para que as cortes responsáveis pela interpretação do texto convencional não se sintam livres para assimilar tais disposições sob o prisma puramente doméstico, desconsiderando sua internacionalidade.

Trilhando o caminho da universalidade de disposições uniformes, na sequência cuidamos dos pontos mais relevantes de outra convenção internacional de destaque: o Código de Bustamante.

3.2.3 Convenção de Direito Internacional Privado (Código de Bustamante)

Também na América Latina são verificados esforços para evitar conflitos de leis em contratos internacionais. A iniciativa mais relevante foi a Convenção de Direito Internacional Privado. Esse documento é fruto de uma série de conferências pan-americanas realizadas em Washington com a participação de delegados de vários países. No ano de 1928, em Santiago de Cuba, tais reuniões resultaram na aprovação do Código de Direito Internacional Privado, elaborado pelo jurista cubano Antonio Sánchez y Bustamante, daí ser mundialmente conhecido apenas como “Código de Bustamante”.⁴⁶

O texto foi ratificado no Brasil pelos Decretos nº 5.647, de 8 de janeiro de 1929, nº 18.871, de 13 de agosto de 1929, e nº 18.956, de 22 de outubro de 1929⁴⁷, com reservas aos arts. 52 e 54, que estabelecem a competência da lei do domicílio conjugal para regular a separação de corpos e o divórcio.⁴⁸

Os seguintes países também ratificaram o mencionado documento: Bolívia, Chile, Costa Rica, Cuba, República Dominicana, Equador, Guatemala, Haiti, Honduras, Nicarágua, Panamá, Peru, El Salvador e Venezuela. Todavia, alguns países presentes à Conferência não aprovaram o Código de Bustamante: Argentina, Colômbia, Estados Unidos, México, Paraguai e Uruguai.⁴⁹ A não-aprovação desses países e as reservas apresentadas por outros

⁴⁶ DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 74.

⁴⁷ STRENGER, Irineu. *Da autonomia da vontade*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 200.

⁴⁸ Ministério das Relações Exteriores, Divisão de Atos Internacionais, Convenção de Direito Internacional Privado. Disponível em: <http://www2.mre.gov.br/dai/bustamante.htm>. Acesso em: 3.5.2007.

⁴⁹ *Ibidem*.

a diversas normas do documento comprometeram o objetivo de unificação do instrumento, ainda que seu conteúdo fosse bastante completo.

O Código de Bustamante é composto por 437 (quatrocentos e trinta e sete) artigos divididos em quatro livros: direito civil internacional, direito comercial internacional, direito penal internacional e direito processual internacional.⁵⁰ Embora vasto em suas disposições e bem intencionado em seu desiderato, o Código de Bustamante sofreu severas críticas de juristas de grande renome.

Uma das principais dificuldades para a aplicação do Código de Bustamante é a insistente referência à “lei local” e à “lei territorial”, sem que tenha sido atribuído um conceito uniforme. O jurista também critica a tentativa de se abarcarem todos os tópicos do direito internacional privado, atribuindo a isso a razão dos fracos resultados alcançados.⁵¹

Eminentes doutrinadores apontam o desuso do mencionado documento, concluindo que a Lei de Introdução ao Código Civil acabou por reformar o sistema brasileiro, estabelecendo regras distintas daquelas dispostas no Código.⁵²

Pontes de Miranda⁵³ pontua que manter o sistema de Bustamante e a Lei de Introdução é verdadeira anomalia, enfatizando que o Código é de quase nenhuma aplicação.

René David⁵⁴ salienta que há regras por vezes confusas no instrumento em análise e, apesar de seu intuito original, o Código pouco fez pela unificação do direito internacional privado.

Enfim, em que pese a intenção de seus elaboradores, a influência do Código não foi decisiva no direito conflitual latino-americano, e atribui esse posicionamento às suas deficiências de forma e de fundo, bem como à dificuldade de aplicação de fórmulas quando o consenso não era alcançado.⁵⁵

⁵⁰ Ministério das Relações Exteriores, Divisão de Atos Internacionais, Convenção de Direito Internacional Privado. Disponível em: <http://www2.mre.gov.br/dai/bustamante.htm>. Acesso em: 3.5.2007.

⁵¹ VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*. v. I. São Paulo, Freitas Bastos, 1978, p. 199.

⁵² CASTRO, Amílcar de. *Op. cit.*, p. 131.

⁵³ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito internacional privado*. v. I. Rio de Janeiro: José Olympio, 1935, p. 131.

⁵⁴ DAVI, René. *Tratado de derecho civil comparado: introducción al estudio de los derechos extranjeros y al método comparativo*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1953, p. 155.

⁵⁵ SAMTLEBEN, Jürgen. *Derecho internacional privado en América Latina: teoría y práctica del Código Bustamante, vol. I*. Ediciones DePalma, Buenos Aires, 1983, p. 320.

Não obstante, nem tudo são críticas. Também houve apoio à obra do jurista cubano. Irineu Strenger entende tratar-se da maior e mais notável obra de codificação do direito internacional privado, ainda que tenha se revelado de baixa eficácia no Brasil e de pouca acolhida pela jurisprudência.⁵⁶

Por outro lado, não se pode negar que o Código de Bustamante constitui o documento mais abrangente e de maior alcance territorial da América Latina, muito embora suas disposições tenham perdido força, na medida em que apresentam concessões excessivas ao direito local.⁵⁷

Verdadeiramente, o Código mostrou-se uma obra trabalhosa e ampla, mas ao tentar conciliar as correntes doutrinárias filiadas ao princípio do domicílio com aquelas do princípio da nacionalidade, estabelecendo fórmulas de compromisso, não apontou regras suficientemente claras e precisas, comprometendo sua eficiência.⁵⁸

No que se refere ao estatuto pessoal, caberia a cada Estado a escolha do critério de determinação. No mesmo sentido, os Estados poderiam interpretar o Código de acordo com suas próprias normas internas. Essas disposições comprometeram o intuito unificador do documento.

Na realidade, alinho-me ao entendimento de que o potencial unificador do Código somente poderia ser alcançado se houvesse sido estabelecido um critério geral para a aplicação da lei do domicílio ou da nacionalidade. Sem tal disposição, contudo, o êxito do documento estaria comprometido, em que pese a vastidão de suas disposições.⁵⁹

Quanto às questões aplicáveis à matéria contratual, o documento admite a adoção da lei territorial desde que se trate de regras de ordem pública internacional, como as que vedam o estabelecimento de pactos, cláusulas e condições contrárias às leis, à moral e à ordem pública, e as que proíbem o juramento e o consideram sem valor.⁶⁰

⁵⁶ STRENGER, Irineu. Da autonomia da vontade. 2. ed. São Paulo: LTR, 2000, p. 199-200.

⁵⁷ GARRO, Alejandro M. Armonización y unificación del derecho privado en América Latina: esfuerzos, tendencias y realidades, in *Direito e comércio internacional: tendências e perspectivas: estudos em homenagem ao Prof. Irineu Strenger*. Coord. Baptista, L. O.; Huck, H. M.; Casella, Paulo B. 5. ed. São Paulo: Ltr, 1994, p. 517.

⁵⁸ ARAUJO, Nadia de. *Contratos internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 159.

⁵⁹ GARRO, Alejandro M. Armonización y unificación del derecho privado en América Latina: esfuerzos, tendencias y realidades, in *Direito e comércio internacional: tendências e perspectivas: estudos em homenagem ao Prof. Irineu Strenger*. Coord. Baptista, L. O.; Huck, H. M.; Casella, Paulo B. 5. ed. São Paulo: Ltr, 1994, p. 518.

⁶⁰ Ministério das Relações Exteriores, Divisão de Atos Internacionais, Convenção de Direito In-

O art. 176 dispõe que será aplicado o estatuto pessoal de cada parte contratante para a determinação de sua capacidade para expressar sua vontade, o mesmo acontecendo no que se refere ao ausente ou incapaz nas rescisões contratuais decorrentes de um desses motivos (art. 181).

Aplica-se simultaneamente a lei do lugar do contrato e do local de sua execução à necessidade de outorga de escritura ou documento público para a eficácia de determinados convênios, ou à necessidade de forma escrita (art. 180). À interpretação dos contratos e às disposições sobre nulidades serão aplicadas as leis que regem o contrato (arts. 183 e 184).

Segundo o art. 185, excepcionando-se as regras já estabelecidas e as que venham a ser instituídas aos casos especiais, na ausência de vontade expressa ou tácita nos contratos de adesão, presume-se aceita a lei de quem os oferece ou prepara. Nos demais contratos, aplica-se primeiramente a lei pessoal comum dos contratantes e, na falta, a do lugar da celebração (art. 186).

Estabelecer que a lei de regência do contrato internacional será a lei pessoal comum dos contratantes não parece um acréscimo regulamentar relevante, pois é pouco provável que as partes de um contrato internacional tenham a mesma lei pessoal, posto que frequentemente apresentam nacionalidade ou domicílio distintos, critérios que usualmente definem tal lei. Felizmente, o art. 186 dispõe sobre a utilização de um critério subsidiário para definição da regência contratual: o local de celebração. Provavelmente esse critério será o de aplicação mais usual.

Dentre as observações de Bustamante sobre sua obra, o autor manifestou-se favorável à autonomia da vontade das partes para a eleição da lei aplicável a cada um dos aspectos do contrato, incluindo sua essência, condições e efeitos, e acreditava, ainda, ser impossível submeter todo contrato internacional a apenas uma lei de regência.⁶¹

3.2.4 Convenção Interamericana sobre o Direito Aplicável às Obrigações Contratuais

Desde a década de 50 nota-se o renascimento do empenho para se produzir a codificação latino-americana na área do direito internacional pri-

ternacional Privado, artigo 175. Disponível em: <http://www2.mre.gov.br/dai/bustamante.htm>. Acesso em: 8.5.2007.

⁶¹ BUSTAMANTE Y SIRVÉN, Antonio Sanchez. *Derecho Internacional Privado*. 3. ed. Cultural S.A.; 1943, p. 178-181.

vado, principalmente com vistas à reforma ou unificação dos códigos.⁶² Os estudos nesse sentido foram realizados pela Organização dos Estados Americanos (OEA), que tem por escopo aproximar as nações do hemisfério ocidental para o fortalecimento dos valores democráticos, a defesa de interesses comuns e o debate de temas regionais e mundiais.⁶³

A organização opera em quatro idiomas oficiais: inglês, espanhol, português e francês. É composta por 35 países membros da América do Norte, Central, do Sul e Caribe, sendo que 34 têm participação efetiva. A participação de Cuba, embora seja país-membro, está suspensa desde 1962. As nações de outras partes do mundo participam da OEA como “observadores permanentes”.

Aos países-membros cabe o estabelecimento de políticas e objetivos por meio de assembleias gerais. O acompanhamento de políticas e ações vigentes é realizado pelo Conselho Permanente, formado por embaixadores nomeados pelos países-membros que se reúnem periodicamente na sede da OEA, em Washington, *District of Columbia*.

Em 1965, a OEA solicitou à comissão jurídica o aprofundamento da análise dos aspectos jurídicos da integração da América Latina. Em 1971, a Assembleia Geral convocou a Conferência Especializada Interamericana sobre Direito Internacional Privado (CIDIP), inspirando-se no modelo utilizado pela Conferência de Haia sobre o mesmo tema.⁶⁴ Desde então, já foram realizadas seis CIDIPs, com a aprovação de várias convenções. A sétima CIDIP está em estudo.⁶⁵ A seguir, discorreremos sinteticamente sobre os resultados de cada CIDIP.

A CIDIP I realizou-se no Panamá, em 1975. É especialmente relevante por ter sido o primeiro passo para a renovação do movimento uniformizador latino-americano. Buscou uma nova estrutura jurídica adequada à matéria comercial, objetivando estimular o desenvolvimento dos processos de integração regional.⁶⁶ Ao final da própria conferência foi recomendada à As-

⁶² ARAUJO, Nadia de. *Contratos internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 165.

⁶³ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *OEA – Aspectos Gerais*. Disponível em http://www.oas.org/key_issues/por/KeyIssue_Detail.asp?kis_sec=20. Acesso em: 25.5.2007.

⁶⁴ MAEKELT, Tatiana B. de. *Conferencia especializada de derecho internacional privado (CIDIP-I): análisis y significado de las convenciones aprobadas en Panamá, 1975*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1979, p. 111.

⁶⁵ OFICINA DE DERECHO INTERNACIONAL – OEA. *CIDIP VII*. Disponível em http://www.oas.org/dil/esp/CIDIPVII_home.htm. Acesso em: 25.5.2007.

⁶⁶ ARAUJO, Nadia de. *Contratos internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e convenções in-*

sembleia Geral da OEA a convocação da segunda conferência, o que foi feito pela Assembleia em seu V Período ordinário de sessões. Foram adotados os seguintes textos: Convenção Interamericana sobre Conflitos de Leis em Matéria de Letras de Câmbio, Notas Promissórias e Faturas; Convenção Interamericana sobre Conflitos de Leis em Matéria de Cheques; Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias; Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional; Convenção Interamericana sobre Obtenção de Provas no Exterior; Convenção Interamericana sobre Regime Legal das Procuраções para Serem Utilizadas no Exterior.⁶⁷

A CIDIP II ocorreu em Montevidéu, em 1979. Prossegue com a trajetória iniciada no Panamá, com foco nas áreas de direito comercial e processual internacional. Uma de suas realizações mais importantes foi a Convenção Interamericana sobre Normas gerais de direito internacional privado, que regula a base do sistema conflitual interamericano e é uma convenção única no seu gênero.⁶⁸ Também foram aprovadas: Convenção Interamericana sobre Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros; Convenção Interamericana sobre Prova e Informação acerca do Direito Estrangeiro; Convenção Interamericana sobre Cumprimento de Medidas Cautelares; Convenção Interamericana sobre Conflito de Leis em Matéria de Sociedades Mercantis; Convenção Interamericana sobre Conflito de Leis em Matéria de Cheques; Convenção Interamericana sobre Domicílio das Pessoas Físicas em Direito Internacional Privado; e Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias.⁶⁹

A CIDIP III realizou-se em La Paz, em 1984. Nessa conferência destaca-se a recomendação para futuros estudos na área de menores, e para que os países-membros se empenhassem em ratificar a Convenção de Viena sobre a Compra e Venda Internacional, ao invés de proceder a estudos para a elaboração de outra convenção sobre o mesmo tema.⁷⁰ Adotaram-se: Convenção Interamericana sobre Competência na Esfera Internacional para Eficácia Extraterritorial das Sentenças Estrangeiras; Convenção Interamericana

ternacionais. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 166-167.

⁶⁷ OFICINA DE DERECHO INTERNACIONAL – OEA. *CIDIP I*. Disponível em http://www.oas.org/dil/esp/CIDIPI_home.htm. Acesso em: 25.5.2007.

⁶⁸ ARAUJO, Nadia de. *Contratos internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 167.

⁶⁹ OFICINA DE DERECHO INTERNACIONAL – OEA. *CIDIP II*. Disponível em: http://www.oas.org/dil/esp/CIDIPII_home.htm. Acesso em: 25.5.2007.

⁷⁰ ARAUJO, Nadia de. *Contratos internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 167.

sobre Personalidade e Capacidade de Pessoas Jurídicas no Direito Internacional Privado; Convenção Interamericana sobre Conflito de Leis em Matéria de Adoção de Menores; e protocolo adicional à Convenção Interamericana sobre Obtenção de Provas no Exterior.⁷¹

A CIDIP IV ocorreu em Montevideu, em 1989, e durou apenas uma semana, em razão da crise financeira que acometia a OEA. Recomendou-se a convocação da CIDIP V para continuação dos trabalhos, especialmente na área dos contratos internacionais, assunto sobre o qual foram aprovados tão-somente os princípios gerais, dada a falta de tempo.⁷² Os textos convencionais adotados foram: Convenção Interamericana sobre Obrigação Alimentar; Convenção Interamericana sobre Restituição Internacional de Menores; e Convenção Interamericana sobre Contrato de Transporte Internacional de Mercadorias por Estrada de Rodagem.⁷³

A CIDIP V realizou-se na Cidade do México, em 1994. Tratou da lei aplicável aos contratos internacionais e aspectos civis e penais relativos ao tráfico de menores. Foram adotadas as seguintes convenções: Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais – sobre a qual discorreremos mais detidamente ainda neste tópico; Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas; Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; e Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores.⁷⁴

A CIDIP VI ocorreu em Washington, D.C., em 2002, e foi marcada pela aproximação dos dois mais importantes sistemas jurídicos do continente, uma vez que participaram países de sistema consuetudinário e países de sistema de direito civil nas negociações. Houve especial empenho em estabelecer normas substantivas, e não apenas de cunho conflitual, visando uniformizar o direito material dos países latino-americanos. Foram adotadas as seguintes normas: Lei Modelo Interamericana sobre Garantias; Carta de Porte Direto Uniforme Negociável Interamericana para o Transporte Internacional de Mercadorias por Estrada; e Lei Aplicável e Jurisdi-

⁷¹ OFICINA DE DERECHO INTERNACIONAL – OEA. *CIDIP III*. Disponível em: http://www.oas.org/dil/esp/CIDIPIII_home.htm. Acesso em: 25.5.2007.

⁷² ARAUJO, Nadia de. *Contratos internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 167.

⁷³ OFICINA DE DERECHO INTERNACIONAL – OEA. *CIDIP IV*. Disponível em: http://www.oas.org/dil/esp/CIDIPIV_home.htm. Acesso em: 25.5.2007.

⁷⁴ OFICINA DE DERECHO INTERNACIONAL – OEA. *CIDIP V*. Disponível em: http://www.oas.org/dil/esp/CIDIPV_home.htm. Acesso em: 25.5.2007.

ção Internacional Competente em Matéria de Responsabilidade Civil Extracontratual.⁷⁵

Ainda não foi selecionada a data e a sede da CIDIP VII, mas alguns temas já foram definidos, como proteção ao consumidor e registros eletrônicos. Os especialistas versados em tais temas e indicados pelos Estados-membros conduzirão os trabalhos preparatórios através de um foro de discussão pela Internet e, eventualmente, reuniões preparatórias.⁷⁶

Verifica-se, pois, que CIDIP V é a que mais se relaciona com a matéria contratual, cujas principais características serão tratadas a seguir.

O campo de aplicação da Convenção do México restringe-se aos contratos internacionais. O art. 1º inova ao oferecer uma definição de contrato internacional, ou seja, aquele em que as partes tenham sua residência habitual ou estabelecimento sediado em diferentes Estados-partes ou quando o contrato tiver vinculação com mais de um Estado-parte.⁷⁷

Verificam-se dois critérios de definição: quando tratada a questão da residência ou estabelecimento, aplica-se o critério geográfico; o segundo critério refere-se à proximidade do contrato com mais de um Estado-parte.⁷⁸

Outro ponto interessante diz respeito às disposições do art. 2º, que atribuem ao texto convencional caráter universal, pois determina que o direito designado na convenção será aplicável ainda que se trate do direito de um Estado não participante.⁷⁹

O art. 5º estabelece que o texto não se aplica às seguintes situações: questões decorrentes do estado civil, da capacidade das partes ou das consequências que advenham da nulidade contratual decorrente de incapacidade das partes; obrigações contratuais que tenham como objeto principal questões sucessórias, testamentárias, regimes de casamento ou derivadas de relações familiares; obrigações provenientes de títulos de crédito, de venda, transferência ou comercialização de títulos no mercado de valores; acor-

⁷⁵ OFICINA DE DERECHO INTERNACIONAL – OEA. *CIDIP VI*. Disponível em: http://www.oas.org/dil/esp/CIDIPVI_home.htm. Acesso em: 25.5.2007.

⁷⁶ OFICINA DE DERECHO INTERNACIONAL – OEA. *CIDIP VII*. Disponível em: http://www.oas.org/dil/esp/CIDIPVII_home.htm. Acesso em: 25.5.2007.

⁷⁷ OFICINA DE DERECHO INTERNACIONAL – OEA. *CIDIP V*. Disponível em: http://www.oas.org/dil/esp/CIDIPV_home.htm. Acesso em: 25.5.2007.

⁷⁸ ARAUJO, Nadia de. *Contratos internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 181.

⁷⁹ OFICINA DE DERECHO INTERNACIONAL – OEA. *CIDIP V*. Disponível em: http://www.oas.org/dil/esp/CIDIPV_home.htm. Acesso em: 25.5.2007.

dos sobre arbitragem e eleição de foro; questões de direito societário, incluindo a existência, a capacidade e a dissolução de sociedades comerciais e pessoas jurídicas em geral.

A Convenção privilegia a autonomia da vontade das partes, que podem eleger a lei de regência contratual, a possibilidade de modificação posterior, a escolha tácita (desde que essa escolha decorra da conduta das partes e das cláusulas contratuais) e o *depeçage* (art. 7º), respeitadas as normas do foro aplicável que sejam de caráter imperativo (art. 11).⁸⁰

Tecidas as considerações sobre importantes textos convencionais afetos à questão contratual, passa-se à análise dos princípios aplicáveis à matéria.

3.3 Consolidação de Princípios

Além das convenções, outro importante instrumento auxiliador no intuito de unificação do tratamento dado à matéria obrigacional são as consolidações de princípios aplicáveis aos contratos internacionais. Para melhor aproveitamento do tema, vale revisitar alguns conceitos especialmente relevantes à luz do ensinamento jurídico.

3.3.1 Princípios – Conceituação

Para o presente estudo, julgamos oportuno apresentar um breve significado etimológico da palavra *princípio*, enfrentando, igualmente, seu sentido jurídico.

A palavra foi originalmente introduzida na Filosofia por Anaximandro, e posteriormente utilizada no sentido de fundamento de raciocínio por Platão,⁸¹ e como premissa maior de demonstração física, por Aristóteles.⁸² Para Kant,⁸³ princípio é toda proposição geral que pode servir como premissa maior num silogismo.

Etimologicamente, *princípio* decorre do latim *principium*, *pricipi*, e encerra a ideia de começo, origem, base.

⁸⁰ OFICINA DE DERECHO INTERNACIONAL - OEA. *CIDIP V*. Disponível em: http://www.oas.org/dil/esp/CIDIPV_home.htm. Acesso em: 25.5.2007.

⁸¹ PLATÃO. *Teeteto*, 155 d.

⁸² ARISTÓTELES. *Metafísica*, V. 1, 1.012 b 32 - 1.013 a 19.

⁸³ KANT, Emmanuel. *Crítica da razão pura*, Dialética, II, A.

Para Celso Antonio Bandeira de Mello,⁸⁴ princípio é o mandamento nuclear de um sistema, uma disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, “compondo-lhe o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, justamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a INTELECÇÃO das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo”.

Se analisado em sentido leigo, pode ser entendido como um ponto de partida e o fundamento de um processo qualquer. Ademais, em qualquer ciência, princípio refere-se a alicerce, fundamento, a um ponto de origem. Sempre pressupõe a figura de um patamar privilegiado, que facilita a compreensão ou a demonstração de algo. Nessa medida, é a pedra angular de qualquer sistema.⁸⁵

Sob uma perspectiva unitária, sistema é a composição de elementos de caráter orgânico da realidade que nos cerca. O caráter lógico do pensamento humano conduz justamente à abordagem das realidades que pretende estudar sob critérios unitários, dada a utilidade científica e a conveniência pedagógica, com o intuito de reconhecer coerentemente a composição de diversos elementos em um todo unitário, integrado em uma realidade maior.

Analisando detidamente o exposto, depreende-se claramente que princípio é a premissa maior que dá sentido e integração à razão que sustenta a união harmônica de um conjunto de elementos.

A utilização do termo *princípio* é bastante vasta. Juridicamente, costuma ser utilizado para denotar as regras de que falamos ou para apontar normas que fixam critérios objetivos muito relevantes, bem como para significar o próprio valor, independentemente da estrutura a que está agregado, e também para apontar o limite objetivo sem a consideração da norma.⁸⁶

Para Ronald Dworkin,⁸⁷ são parâmetros que devem ser observados por ser exigência da justiça, da equidade ou de outra dimensão de moralidade,

⁸⁴ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 545.

⁸⁵ CARRAZZA, R. A. *Curso de direito constitucional tributário*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 30.

⁸⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 142.

⁸⁷ DWORKIN, Ronald M. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1999, p. 72.

constituindo proposições primárias vinculadas a valores fundamentais da sociedade, exprimindo o que esta entende como justo.

Tecidas as presentes considerações sobre o termo *princípio* e sua utilização no âmbito jurídico, passa-se à análise das distinções entre princípios e regras.

3.3.2 Distinção entre Princípios e Regras

Conforme observado anteriormente, os princípios envolvem valores de justiça e equidade, sendo importantes norteadores de um sistema. Atuam como vetores de determinado conjunto mandamental. As regras, por sua vez, apresentam características próprias que as distinguem dos princípios, conforme expomos a seguir.

São pensamentos diretivos de uma regulação jurídica existente ou possível, ainda que não sejam, em si mesmos, suscetíveis de aplicação, como ocorre com as regras, ou mesmo que possam transformar-se em regras.⁸⁸

Assim considerados, podem ser assimilados como mandados de otimização, que se caracterizam pelo fato de poderem ser cumpridos em diferentes graus, a depender das possibilidades reais e jurídicas existentes, pois não constituem mandamentos definitivos, mas apenas *prima facie*. Desse modo, um princípio que prevaleça em determinado caso pode não prevalecer em outro que apresente situações ou considerações contrárias àquelas da primeira hipótese. Ainda assim o princípio pode ser decisivo.⁸⁹

Para a aplicação dos princípios, há necessidade de que se verifique a razoabilidade de sua concretização. Isso porque não se trata de uma chave para a resolução do problema jurídico. Retrata-se a busca pela solução mais adequada para expectativas legítimas, verificando-se quais são os princípios em discussão e buscando sua aplicação com procedimentos transparentes e responsáveis, o que é a verdadeira condição para o triunfo da prudência na aplicação do direito.⁹⁰

Por sua vez, o cumprimento das regras não admite gradações: ou são seguidas ou não. Exige-se que se faça exatamente o que ordenam e contêm uma determinação expressa no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas.

⁸⁸ LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1980, p. 80.

⁸⁹ ALEXI, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, 1993, p. 123.

⁹⁰ ZAGREBELSKY, Guatavo. *El derecho dúctil: ley, derecho y justicia*. Madrid: Trotta, 1995, p. 123.

Apenas não serão aplicadas caso fracassem nessa área, pois, nessa situação, serão consideradas inválidas.⁹¹

Para Eros Grau,⁹² as regras não comportam exceções. As circunstâncias que eventualmente excepcionem uma regra jurídica deverão estar expressamente relacionadas no enunciado normativo, do contrário será uma proposição inexata e incompleta. Quanto mais extensa for a enunciação de exceções, mais completo será o enunciado.

Portanto, conforme as lições de Canotilho,⁹³ as normas prescrevem uma exigência, enquanto os princípios têm vários graus de concretização. Enquanto a convivência entre princípios, ainda que conflitantes, é possível pelo balanceamento de valores e interesses, as normas antinômicas excluem-se, não deixando margem para outra solução que não seu estrito cumprimento, na exata medida de suas prescrições.

Esses ensinamentos são especialmente importantes para a compreensão das diferenças entre os dois institutos, pois apresenta diversas fórmulas, de acordo com determinados critérios. Se considerado o grau de abstração, os princípios são normas com grau relativamente elevado, ao passo que as regras possuem abstração reduzida.

No tocante ao grau de determinação no caso concreto, os princípios, por serem vagos e indeterminados, necessitam de mediações concretizadas, enquanto as regras são suscetíveis de aplicação direta. Partindo-se da posição hierárquica que ocupam no rol das fontes do direito, nota-se que princípios são normas fundamentais no ordenamento jurídico, além de serem essenciais para a sua estruturação.

Quanto à proximidade da ideia de direito, princípios são *standards* juridicamente vinculantes, já as regras podem ser normas vinculativas de conteúdo meramente funcional. No que tange à natureza normogênica, princípios são fundamentos de regras, ou seja, são normas que estão na base das regras jurídicas, desempenhando função normogênica fundamentante.

Depreende-se, pois, que há significativas diferenças entre regras e princípios, muito embora sejam institutos que se relacionem constantemente. Esse entrelaçamento torna-se claro quando se observa que o "ser" ilumina-

⁹¹ ALEXI, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, 1993, p. 112.

⁹² GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 89.

⁹³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Lisboa: Almedina, 1999, p. 1088.

do pelo princípio, ainda que não contenha um “dever-ser”, que é a regra, em si, indica a direção em que deve ser aplicada a regra, objetivando que esta não se contraponha ao valor principiológico.⁹⁴

Feitas tais diferenciações, passa-se à exposição de importantes fontes de princípios afetos à matéria contratual no cenário jurídico atual.

3.3.3 Princípios do Direito Contratual Europeu

Conforme esclarece Bathélémy Mercadal,⁹⁵ o sistema de contratos e obrigações é um tema pungente na União Europeia de hoje, especialmente em vista da necessidade de novas regras diante de natureza antiga e da diversidade dos sistemas dos Estados-membros, que, atualmente são 25.

Mercadal enfatiza como exemplo a França e a Bélgica, países cujos contratos e obrigações reportam-se ao Código de Napoleão, vigente desde 21 de março de 1804. Interessante notar que tal regulamento apresenta-se praticamente inalterado: de seus 289 (duzentos e oitenta e nove) artigos, 261 (duzentos e sessenta e um) permanecem tal qual originalmente concebidos, representando noventa por cento das disposições. Ademais, com a expansão das atividades econômicas, a Europa intensifica a cada dia as transações de comércio e de prestação de serviços, alcançando desde grandes até pequenas empresas.

Em 1976, no simpósio denominado “Novas Perspectivas para o Direito Comum Europeu”, realizado no recém-estabelecido Instituto Universitário Europeu (*European University Institute*), Ole Lando lançou a ideia de iniciar o Código Comercial × Uniforme Europeu, ou, se tal propósito fosse muito ambicioso, que se começasse a delinear um grupo de parâmetros uniformes para o direito contratual europeu.⁹⁶

Discussões informais em Bruxelas resultaram num compromisso da EEC *Commission* de dar apoio financeiro ao projeto, formando-se a Comissão sobre o direito contratual europeu, também conhecida como “Comissão Lando”, em homenagem a seu fundador, com vistas a harmonizar as questões aplicáveis às obrigações.

⁹⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derecho y justicia*. Madrid: Trotta, 1995, p. 118.

⁹⁵ MERCADAL, Barthélémy. *On a european system of contract law*. Disponível em: http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/survey_pecl.htm. Acesso em: 23.5.2007.

⁹⁶ Bonell, Michael Joachim. *Restatement, 2. ed. cap. 5*. Disponível em: http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/literature/bonell/Chapter5.rtf. Acesso em: 23.5.2007.

A Comissão sobre o Direito Contratual Europeu entendia que a diversidade dos sistemas era verdadeiro obstáculo ao completo desenvolvimento do mercado doméstico. Assim, estudou propostas de unificação e modernização do sistema.⁹⁷ Em 1982, esse passo ensejou o início de seus trabalhos no estabelecimento de princípios que pudessem ser aplicados à matéria contratual e obrigacional. A direção dos trabalhos coube ao Professor Ole Lando. Salvo raras exceções, a Comissão foi composta por acadêmicos, sendo que muitos deles também eram advogados. Essa peculiaridade certamente imprimiu um caráter pragmático ao texto final.⁹⁸

Em 1995, foram publicados os Princípios do Direito Contratual Europeu Parte I, versando sobre adimplemento, inadimplemento e mecanismos de resolução. Em 1999, foram publicadas as Partes I e II, contendo os princípios constantes da Parte I revisados, reorganizados e acrescidos das principais regras contratuais, como formação, capacidade das partes, validade e conteúdo.⁹⁹

Em 2003, foi finalizada a Parte III, que enfrenta os seguintes temas: pluralidade de parte, cessão, substituição de dívidas, transferência do contrato, compensação, prescrição, ilegalidade, condições e capitalização de juros.¹⁰⁰

Importante lembrar que os princípios são considerados como *soft law*, ou seja, é um comprometimento assumido pelas partes que não é imposto por regramento jurídico. O objetivo da formação dos Princípios de Direito Contratual Europeu é a sua utilização como primeiras linhas do Código Civil Europeu.¹⁰¹

Nesse contexto, em 2003 formou-se um grupo de estudo para o Código Civil Europeu, coordenado pelo Professor Christian von Bar, da Universidade de Osnabrück, Alemanha.

Centros de estudo estão produzindo análises comparativas e minutas dos códigos na Alemanha, Áustria e Holanda. Tais centros desenvolvem atividades ligadas a contratos específicos e geralmente relacionados com com-

⁹⁷ Ibidem.

⁹⁸ Hartkamp, Arthur. *Perspectives for the development of a european civil law*. Disponível em: http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/literature/hartkamp/perspectives_trento.doc. Acesso em: 24.5.2007.

⁹⁹ The Commission on European Contract Law. *Introduction to the Principles of European Contract Law*. Disponível em: http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/survey_pecl.htm. Acesso em: 23.5.2007.

¹⁰⁰ Ibidem.

¹⁰¹ Ibidem.

pra e venda e serviços. Objetiva-se que os Princípios de Direito Contratual Europeu sejam progressivamente incorporados ao texto do projeto.¹⁰²

O Professor Lando salienta que esses procedimentos podem levar algum tempo, e lembra que, na época do Antigo Regime, o projeto do Código Civil da França, que substituiria uma série de costumes e regras de várias províncias do país, foi discutido por mais de um século, e ainda encontrou resistência de advogados e juízes.¹⁰³

A necessidade de se investir cada vez mais nesse intuito unificador, em que pese todo o empenho necessário, é cada vez mais urgente diante do aumento das relações comerciais internacionais.

3.3.4 Princípios Editados pelo Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (Unidroit)

O Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT) foi criado em 1926, como órgão auxiliar da Liga das Nações, e é uma organização intergovernamental independente, com sede em Villa Aldobrandini, em Roma.¹⁰⁴

Atualmente, o UNIDROIT conta com 61 (sessenta e um) Estados-membros, dos cinco continentes, representando um leque bastante amplo de diferenças culturais, legais, econômicas e políticas. As línguas oficialmente adotadas são inglês, francês, alemão, italiano e espanhol, mas em seus trabalhos são utilizadas as versões em inglês e francês.

A estrutura da organização se divide em Secretariado, Conselho Diretor e Assembleia Geral. O Secretariado é o órgão executivo responsável pelo cotidiano do programa de trabalho.¹⁰⁵ O Conselho Diretor supervisiona a política da organização de acordo com seus estatutos, especialmen-

¹⁰² LANDO, Ole. *Contract law in the EU: The Commission Action Plan and the Principles of European Contract Law*. Disponível em: http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/literature/Lando/Response%2016%20May%2003.doc. Acesso em: 23.5.2007.

¹⁰³ LANDO, Ole. *Some features of the law of contract in the third millennium*. Disponível em: http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/literature/lando01.htm#21. Acesso em: 23.5.2007.

¹⁰⁴ INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW. *About UNIDROIT*. Disponível em: <http://www.unidroit.org/english/presentation/main.htm>. Acesso em: 28.5.2007.

¹⁰⁵ INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW. *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004*. Disponível em: <http://www.unidroit.org/english/presentation/main.htm>. Acesso em: 28.5.2007.

te no tocante aos programas de trabalho do Secretariado, cujo conteúdo é de sua responsabilidade. É composto por um presidente e 25 membros eleitos, que costumeiramente são eminentes juízes, operadores do direito, acadêmicos e servidores públicos. Por fim, a Assembleia Geral é o último órgão de deliberação do UNIDROIT, cujas competências são a votação das contas anuais, a análise do programa de trabalho trienal e a eleição do Conselho Diretor com mandato de cinco anos. É composto por um representante de cada membro.

A organização tem como propósito estudar as necessidades e os métodos de modernização, harmonização e coordenação do direito privado, em especial o direito comercial, entre Estados e grupos de Estados.¹⁰⁶

Os fatores que determinam as matérias suscetíveis de análise são estabelecidos conforme a disposição dos Estados-membros em buscar a harmonização ou mesmo a unificação a respeito de determinadas matérias em prol de uma nova solução para o tema de alcance internacional.

O instituto observou que as regras do tipo convencional estão sujeitas à vontade política de cada governo para serem inseridas nos respectivos sistemas jurídicos, o que pode demorar muito a acontecer. A solução via *hard law* (obrigatória por força legal) seria necessária em matérias que transcendem os interesses das partes em uma contratação, ou nos casos em que o interesse de terceiros ou o interesse público deva ser salvaguardado.

Assim sendo, o UNIDROIT trabalha com métodos alternativos, que se tornam mais populares quanto ao propósito unificador, justamente por não serem obrigatórios. São considerados *soft law*. Como exemplo, citamos as leis modelo, que podem ser utilizadas pelos Estados como minutas para discussão de normas no âmbito doméstico, bem como os princípios gerais, que podem ser adotados pelas partes contratantes em suas transações. Também podem ser utilizados guias legais quando estão em cena técnicas de administração ou novas técnicas ou organização de mercados.

Definida a matéria a ser abordada e o método de trabalho, formam-se grupos que elaborarão o estudo de viabilidade e o relatório preliminar de direito comparado, que poderá conter a primeira minuta dos textos propostos, e será apresentada ao Conselho Diretor. O Conselho solicita ao Secretariado a formação de um comitê de especialistas para a finalização do texto,

¹⁰⁶ INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW. *About UNIDROIT*. Disponível em: <http://www.unidroit.org/english/presentation/main.htm>. Acesso em: 28.05.2007.

a ser submetido para adoção em conferência diplomática. Posteriormente, o texto é publicado pelo instituto.

Inicialmente, o instituto voltou suas atividades para a elaboração de convenções internacionais, sendo que um de seus maiores êxitos foi o texto da Lei Uniforme de Haia para a Venda de Bens, de 1964, que serviu de inspiração para a Convenção de Viena sobre a Compra e Venda Internacional, de 1980, elaborada pela UNCITRAL.¹⁰⁷ Posteriormente, foram elaborados outros tipos de documentos, como leis-modelo e princípios. No que tange a princípios, o UNIDROIT publicou dois importantes grupos: os Princípios sobre Processo Civil Transnacional e os Princípios sobre Contratos Comerciais Internacionais.

Em 2004, o Conselho Diretor adotou os Princípios sobre Processo Civil Transnacional, fruto de estudo feito com o *American Law Institute*. Consistem em 31 disposições que têm por escopo reconciliar diferenças entre as regras de direito processual civil, considerando as peculiaridades de questões internacionais em contraste com as puramente domésticas.¹⁰⁸

Importante salientar que tais princípios servirão como guias para os projetos de códigos processuais, ou poderão ser aplicados por analogia na arbitragem comercial internacional.

Outro importante grupo de princípios emanados pelo UNIDROIT são os Princípios sobre Contratos Comerciais Internacionais, cuja aplicação para dirimir conflitos em tais instrumentos é o cerne deste trabalho. A próxima seção dedica-se à análise dos princípios supramencionados.

3.3.4.1 Princípios sobre os Contratos Comerciais Internacionais do Unidroit

Em 1971, o Conselho Diretor do UNIDROIT decidiu iniciar um importante projeto denominado “Codificação Progressiva do Direito Comercial Internacional”. Logo se conclui que o título poderia induzir a erro, pois ainda não havia sido tomada nenhuma decisão a respeito do tipo de instrumen-

¹⁰⁷ HARTKAMP, Arthur. *Principles of contract law*. Disponível em: http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/literature/hartkamp/Princip11.doc. Acesso em: 29.5.2007.

¹⁰⁸ INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW. *ALI/UNIDROIT Principles on Transcional Civil Procedures*. Disponível em: <http://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/main.htm>. Acesso em: 28.5.2007.

to que seria produzido pelo grupo de trabalho a ser formado. E mais: era altamente improvável que se optasse por um trabalho de codificação efetiva. Assim, o projeto continuou com o mesmo escopo, mas foi rebatizado de “Princípios sobre os Contratos Comerciais Internacionais”.¹⁰⁹

O trabalho preparatório foi conduzido por três eminentes juristas especializados em direito comparado, representando os três maiores sistemas legais da atualidade: Professor P. David, da Université d’Aix-Marseille, Professor Clive Schmitthoff, da University of Kent, e Professor Marius Popescu, da Universitatea din Bucuresti.

No final da década de 70, formou-se um grupo de trabalho constituído por 15 membros de vários países europeus de raiz civilista, além de representantes oriundos da Grã-Bretanha, Estados Unidos da América, Canadá, Austrália, Rússia, Japão, China e Gana.

O grupo dividiu o trabalho de redação e foram produzidas minutas preliminares em separado para cada capítulo ou seção, sendo posteriormente apresentadas e discutidas por todos. Cada capítulo ou seção gerou pelo menos duas rodadas de leitura com duração média de uma semana. Na maioria das vezes as decisões sobre o texto eram consensuais, porém algumas questões pontuais geravam discussões tão acirradas que eram dirimidas por votação.

Desde 1980 o grupo encontrava-se uma ou duas vezes por ano para sessões com uma semana de duração. Por fim, em 1994, o trabalho foi concluído e aprovado no mesmo ano pelo Conselho Diretor, sendo publicado nos seguintes idiomas oficiais: inglês, francês, alemão, italiano e espanhol.¹¹⁰

Nos anos subsequentes o texto foi aprimorado, e em 2004, na 83ª sessão do Conselho Diretor, foi aprovada uma nova versão dos Princípios, contendo cinco novos capítulos. O novo formato apresenta a expansão do Preâmbulo, disposições sobre comportamento inadequado, liberação contratual e adaptações da edição de 1994 às contratações eletrônicas.¹¹¹

¹⁰⁹ HARTKAMP, Arthur. *Principles of contract law*. Disponível em: http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/literature/hartkamp/Princip11.doc. Acesso em: 29.5.2007.

¹¹⁰ HARTKAMP, Arthur. *Principles of contract law*. Disponível em: http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/literature/hartkamp/Princip11.doc. Acesso em: 29.5.2007.

¹¹¹ INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW. UNIDROIT. *Principles of International Commercial Contracts 2004*. Disponível em: <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/main.htm>. Acesso em: 28.05.2007.

A seguir, passa-se à análise mais detida sobre os Princípios em tela, iniciando-se por seu propósito.

Propósito dos Princípios

Conforme anteriormente relatado, os Princípios não pretendem ter vinculação obrigatória ou mesmo transformarem-se em codificação unificada, mas sem dúvida desempenham importante papel no cenário atual frente à necessidade de formalização das negociações internacionais. A seguir, cuidamos de alguns importantes propósitos que merecem especial atenção.

Aplicação em Contratos Comerciais Internacionais

Os Princípios foram originalmente concebidos para a aplicação em contratos comerciais internacionais. Para tanto, os contratos podem ser entendidos como de natureza internacional com base em ampla gama de critérios, conforme se depreende da leitura do primeiro capítulo deste trabalho. Essa caracterização pode considerar como internacional o contrato cujo local do exercício de atividades ou de residência das partes seja em diferentes países, ou que tenha relação com mais de um Estado, ou, ainda, que envolva a adoção de leis em mais de um sistema jurídico.¹¹²

Não há um conceito específico para essa identificação nos Princípios, contudo, assume-se que o conceito de “internacional” deve ser compreendido em sua interpretação mais ampla possível, de forma a excluir apenas aquelas situações que verdadeiramente estejam isentas de qualquer traço de internacionalidade, tornando tal tratativa afeta unicamente ao direito interno de determinado país.

No que se refere ao conceito de “comercial”, cabe ressaltar que não se pretende que os Princípios sejam direcionados apenas aos entendimentos entre pessoas cuja natureza formal é de comerciantes. O intuito principal é excluir as transações afetas às relações de consumo, tratadas em vários sistemas legais por normas bastante específicas, com vistas à proteção do consumidor.¹¹³

Embora os Princípios também não sejam rígidos a ponto de estabelecer o conceito de “comercial”, deve-se entender o termo de forma ampla, a fim de

¹¹² INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW - UNIDROIT. *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (2004 version)*, p. 1.

¹¹³ *Ibidem*, p. 1.

que sejam incluídas, além dos contratos de fornecimento, compra e venda ou prestação de serviços, também transações econômicas de outras naturezas.

Muito embora, em seu nascedouro, os Princípios tenham sido desenvolvidos para a adoção em tratativas comerciais internacionais, é importante salientar que não há qualquer obstáculo em seu texto para que sejam utilizados por particulares em contratos puramente domésticos, se assim as partes entenderem conveniente.

Princípios como Regras que Regem o Contrato

As partes contratantes têm importantes motivos para eleger os Princípios para regência das condições contratuais em discussão: eles representam um sistema de princípios e regras comuns à maioria dos sistemas legais existentes e se adaptam muito bem às exigências típicas das negociações internacionais.¹¹⁴

Na hipótese de expressa escolha dos Princípios, os comentários a eles já aconselham as partes a eleger a arbitragem como método para solução de controvérsias decorrentes da avença. Isso ocorre porque nada obsta que existam questões afetas ao direito interno dos países envolvidos na transação que possam afastar a aplicabilidade dos Princípios em caso de controvérsia judicial, em benefício desse ou daquele sistema jurídico.¹¹⁵

Com a expressa previsão de submissão de disputas à corte arbitral, serão os árbitros responsáveis por dar solução ao desentendimento, e eles não estarão necessariamente vinculados a determinado corpo de normas domésticas. A aplicação de normas imperativas será tema de análise oportuna neste trabalho.

Interessante notar que, mesmo não havendo previsão expressa para a utilização dos Princípios, eles poderão ser aplicados caso haja referência explícita autorizando os árbitros a lançarem mão das regras gerais de direito, *lex mercatoria*, ou equidade, ou nos casos em que se possa inferir que as partes pretendem afastar do contrato a regência por determinado sistema jurídico. Isso pode acontecer, por exemplo, se uma das partes é um Estado ou uma organização governamental, ou se as partes não desejem a prevalência do sistema jurídico do outro.

¹¹⁴ INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW - UNIDROIT. *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (2004 version)*, p. 2.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 3.

Princípios para Interpretação e Suplementação de Instrumentos

Instrumentos uniformizadores podem apresentar algumas falhas quanto ao seu entendimento específico. Tradicionalmente, essas situações resolviam-se com a aplicação de critérios e princípios inerentes ao direito doméstico do foro eleito pelas partes para dirimir litígios.¹¹⁶

No entanto, essa tendência foi recentemente alterada, e tanto as cortes judiciais como os tribunais arbitrais têm buscado a interpretação e a suplementação das lacunas em instrumentos uniformizadores, usando como referência os princípios e critérios autônomos e internacionais.

Até então, os critérios e princípios internacionais eram procurados pelos juízes ou árbitros para o exame das questões submetidas à lide. Essa busca resultava em vasta pesquisa em diferentes sistemas jurídicos. Com o advento dos Princípios, tal tarefa tornou-se muito mais simples, pois os princípios apresentam-se como um grupo pronto de critérios aptos para a interpretação e a suplementação de outros instrumentos internacionais.

Princípios como Modelos para Legisladores Nacionais e Internacionais

Além de ser de grande valia para as cortes nacionais e internacionais no tocante à interpretação de disposições legais, os Princípios podem oferecer também um novo modelo, ainda que informal, para futuras leis que venham a regular a matéria contratual.

Nesse sentido, Hartman¹¹⁷ aponta para o fato de que a parte mais negligenciada e mais difícil de ser elaborada, tanto na esfera nacional como na internacional, é justamente a regulação da parte geral do direito privado.

Os princípios também se prestam a auxiliar países dispostos a reformar e atualizar suas normas internas, adequando-as aos modelos comuns internacionais. Exemplos podem ser verificados em outros tipos de documento, como a Convenção de Viena sobre a Compra e Venda Internacional, cujo texto influenciou os legisladores de vários países.

O uso da terminologia já definida nos Princípios pode ser de grande valia inclusive para que não haja a proliferação de conceitos diferentes para

¹¹⁶ UNILEX. *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (2004 version)*. Official Comments. Preamble. Disponível em: <http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13637&x=1>. Acesso em: 4.6.2007.

¹¹⁷ HARTKAMP, Arthur. *Principles of Contract Law*. Disponível em: http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/literature/hartkamp/Princip11.doc. Acesso em: 29.5.2007.

termos frequentemente utilizados em transações internacionais, mitigando o risco de má interpretação ou erros de comunicação entre as partes.

Princípios como Meio de Esclarecimento de Negociações

Os Princípios e os comentários que os acompanham podem auxiliar no esclarecimento de partes que negociam a formalização de um contrato. São especialmente úteis na identificação de problemas a serem resolvidos no contrato, uma vez que podem oferecer regras adequadas para as previsões contratuais objeto de discussão. As partes podem até mesmo optar pela inserção dos princípios no instrumento, harmonizando seu relacionamento.¹¹⁸

Outros Propósitos

Há, ainda, outros propósitos que podem ser atribuídos aos Princípios. Merece destaque o relevante papel educacional e acadêmico exercido pelos Princípios. Especificamente no cenário europeu, os Princípios serão elementos motivadores para a busca de um denominador comum entre os diferentes sistemas privados de direito. Além de ser rica ferramenta para o ensino jurídico, o Princípio pode ser adotado como parâmetro para a comparação dos respectivos direitos nacionais, pavimentando o caminho para a elaboração de um *ius commune* europeu.¹¹⁹

Enfim, a simples existência dos Princípios prova que pode existir um verdadeiro compromisso entre os vários sistemas legais modernos. Tomando-se a Europa como exemplo, percebe-se que é um forte argumento àqueles que advogam pela elaboração de um Código Civil Europeu.

Estrutura e Conteúdo

Os Princípios foram redigidos em artigos e acompanhados por comentários, contendo esclarecimentos sobre seu conteúdo e seu objetivo, bem como referências a outros instrumentos unificadores que sejam pertinentes àquela matéria. Os comentários não se referem a sistemas legais específicos, a menos que esteja mencionando a fonte que lhe deu origem ou caso se pretenda excluir a aplicação da regulamentação doméstica.

¹¹⁸ *Ibidem*.

¹¹⁹ HARTKAMP, Arthur. *Principles of Contract Law*. Disponível em: http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/literature/hartkamp/Princip11.doc. Acesso em: 29.5.2007.

A estrutura Unidroit Principles 2004 é constituída de Preâmbulo (já constante da versão 1994, com acréscimo dos parágrafos 4 e 6, e notas de rodapé) e 15 artigos divididos em dez capítulos, conforme segue:

Capítulo 1 – Disposições Gerais (versão de 1994, acrescida dos Artigos 1.8 e 1.12);

Capítulo 2, Seção 1 – Formação, Seção 2 – Autoridade dos Agentes (incluído na versão de 2004);

Capítulo 3 – Validade;

Capítulo 4 – Interpretação;

Capítulo 5, Seção 1 – Conteúdo (com inclusão do Artigo 4.1.9 na versão de 2004), Seção 2 – Direito de Terceiros (incluído na versão de 2004);

Capítulo 6, Seção 1 – Cumprimento em Geral, Seção 2 – *Hardship*;

Capítulo 7, Seção 1 – Descumprimento em Geral, Seção 2 – Direito de Cumprimento, Seção 3 – Término e Seção 4 – Danos;

Capítulo 8 – Compensação;

Capítulo 9, Seção 1 – Cessão de Direitos, Seção 2 – Transferência de Obrigações e Seção 3 – Cessão de Contratos;

Capítulo 10 – Períodos de Limitação, sendo que os capítulos 8 a 10 foram todos incluídos na versão de 2004.¹²⁰

Ao longo do texto do UNIDROIT, verifica-se que há grande linearidade entre as disposições. Logo de início, o Preâmbulo evidencia que os Princípios se destinam a contratos comerciais internacionais. Essa afirmação preliminar confirma-se no decorrer dos demais capítulos, nos quais a vocação para regular matéria contratual comercial torna-se mais e mais evidente. Adicionalmente, observa-se a elaboração de disposições principiológicas para reger a relação entre as partes contratantes, como a confirmação da autonomia para contratar, a boa-fé na negociação e a obrigatoriedade dos compromissos assumidos.

Já no Capítulo 2, as seções são dedicadas à formação do contrato e à autoridade dos agentes. Percebe-se a preocupação de que seja claramente

¹²⁰ INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW. *About UNIDROIT*. Disponível em: <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/main.htm>. Acesso em: 5.6.2007.

identificado o momento em que a oferta é realizada com eficácia e o contrato é efetivamente celebrado.

O Capítulo 3 trata dos elementos que podem ensejar a invalidade do contrato. São abordados temas como erro, fraude, ameaça e danos, bem como outros que podem afetar o contrato durante sua vigência.

O Capítulo 4 dedica-se principalmente ao estabelecimento de parâmetros para a interpretação da intenção das partes, do contrato, das afirmações feitas de parte a parte. Esse trecho é especialmente útil à correta aplicação dos Princípios e à consecução dos objetivos contratados.

Os Capítulos 5 e 6 delimitam as obrigações das partes, efeitos para terceiros, perfazimento do contrato, definição de cláusula *hardship*, moeda de pagamento e responsabilidade pela obtenção de autorizações governamentais, se necessárias.

O Capítulo 7 trata das causas de afastamento do princípio da obrigatoriedade, que é força maior e término do contrato e será objeto do nosso estudo a seguir.

O Capítulo 8 reconhece a possibilidade de compensação entre partes que devam, uma à outra, quantias em dinheiro ou obrigações de mesma natureza. Confirmando o caráter internacional dos Princípios, há previsões sobre o procedimento a ser adotado em diferentes moedas.

O Capítulo 9 lista as especificações referentes à cessão de direitos, transferência de obrigações contratualmente assumidas, incluindo a possibilidade de cessões parciais. A responsabilidade do cedente em relação à outra parte deverá ser igualmente definida, podendo ou não haver a responsabilidade conjunta de cedente e cessionário.

Finalmente, o Capítulo 10 trata da limitação no tempo para aplicação dos princípios, os efeitos da expiração do prazo, bem como as hipóteses de sua suspensão.

Apresentada a estrutura e o conteúdo do documento em análise, serão examinados os princípios gerais de direito que o norteiam.

Princípios Gerais de Direito Presentes nos Princípios

Os Princípios do UNIDROIT apresentam alguns importantes princípios gerais de direito em seu texto, o que torna a possibilidade de sua aplicação aos casos concretos ainda mais eficaz. A seguir, serão apresentadas as dis-

posições nas quais verifica-se com a clareza o princípio da autonomia das partes, da boa-fé e da obrigatoriedade entre as partes.

Princípio da Obrigatoriedade

O princípio da obrigatoriedade refere-se à necessidade de cumprimento do acordo de vontades livremente pactuado entre as partes, posto que o contrato é lei individual, com plena eficácia e poder de vinculação. As obrigações assumidas devem ser cumpridas adequadamente segundo o preceito do *pacta sunt servanda*.

O princípio da força obrigatória do contrato contém ínsita a ideia de que o compromisso individual, enunciado de acordo com a lei, encerra uma centelha de criação tão envolvente que não comporta retratação. Aliás, o cumprimento da obrigação assumida é tão imperioso que até mesmo o Estado encontra limitações na possibilidade de intervir na relação jurídica sacramentada entre as partes contratantes.¹²¹

Nas lições de Maria Helena Diniz,¹²² as estipulações contratualmente firmadas devem ser cumpridas fielmente, sob pena de execução da parte inadimplente. Isso se deve ao fato de que o contrato validamente firmado incorpora-se ao ordenamento jurídico, constituindo verdadeira norma de direito. Do seu caráter normativo surge a possibilidade do contratante socorrer-se da intervenção estatal a fim de assegurar o cumprimento de determinada obrigação avançada, mas ainda não cumprida.

O texto do UNIDROIT, em seu art. 1.3,¹²³ 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.

Cabe salientar que, para que o princípio *pacta sunt servanda* seja aplicado, o contrato celebrado deve estar devidamente formalizado, sem nenhuma causa para a decretação de sua invalidade. Para tanto, devem ser observadas as disposições constantes dos Capítulos 2 (Formação e Autoridade dos Agentes) e 3 (Validade), do texto do UNIDROIT. Ademais, conforme já

¹²¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 6-7.

¹²² DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. v. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 63- 64.

¹²³ UNILEX on UNIDROIT Principles. Article 1.3. Disponível em: <http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13637&x=1>. Acesso em: 8.6.2007.

exposto anteriormente, as normas imperativas, seja do direito interno, seja do direito internacional, também devem ser observadas.

As exceções ao princípio da obrigatoriedade estão estabelecidas nos próprios Princípios. Exemplo disso são as disposições referentes à alteração contratual em caso de mudança fundamental no equilíbrio do contrato (*hardship*).

Nessa hipótese, o art. 6.2.3 faculta que a parte em desvantagem pode solicitar à outra parte que renegocie os termos originais do contrato. Caso não seja feita uma renegociação dos termos originalmente estabelecidos, o órgão judicante pode resolver o contrato, ou redefinir as condições a fim de restabelecer o equilíbrio inicial.¹²⁴

Já o art. 7.1.7¹²⁵ estabelece que o descumprimento contratual é escusável à parte se decorrer de impedimento alheio a seu controle, cuja ocorrência não fosse razoável de se esperar quando da celebração do contrato e cujas consequências não pudessem ser evitadas ou superadas. São necessários esses três elementos para a configuração de força maior.

Interessante notar que o texto dos Princípios, objetivando uma clara interpretação dessas hipóteses, traz ilustrações em seus comentários para exemplificar situações em que o princípio da obrigatoriedade seria afastado.

Princípio da Autonomia das Partes

O Preâmbulo dos Princípios evidencia que estes serão aplicados apenas nos casos em que as partes concordarem a esse respeito. Por sua vez, o art. 1.1 consagra que as partes devem ter liberdade para celebrar os contratos e determinar seu conteúdo.¹²⁶ Trata-se de manifestação flagrante da importância da liberdade de contratação no comércio internacional. Evidente que essa autonomia não é absoluta, sendo limitada por questões de interesse público, posto que o interesse coletivo deve prevalecer sobre o privado.

O art. 1.4 dispõe que os Princípios não afastam a aplicação de normas imperativas no direito doméstico, sejam decorrentes de normas internas ou internacionais, que emanem da celebração de convenções internacionais

¹²⁴ UNILEX on UNIDROIT Principles. Article 6.2.3. Disponível em: <http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13637&x=1>. Acesso em: 8.6.2007.

¹²⁵ UNILEX on UNIDROIT Principles. Article 7.1.7. Disponível em: <http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13637&x=1>. Acesso em: 8.6.2007.

¹²⁶ UNILEX on UNIDROIT Principles. Article 1.1. Disponível em: <http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13637&x=1>. Acesso em: 8.6.2007.

ou de organismos supranacionais. Nota-se que os comentários do texto do UNIDROIT demonstram como se harmoniza a hierarquia entre os princípios e as normas de interesse público.

Os comentários ao art. 1.4 esclarecem que a aplicação dos Princípios será limitada primeiramente às normas imperativas do direito aplicável ao contrato, logo, obrigarão as partes apenas na medida em que não afetem as normas sobre as quais não podem livremente dispor.¹²⁷ Também terão prevalência as normas a respeito de foro ou mesmo de um terceiro Estado que sejam imperativas e aplicáveis à obrigação assumida entre as partes.

A norma imperativa nos remete ao conceito de ordem pública, assim entendida como um reflexo da ordem jurídica vigente em determinado momento, numa determinada sociedade. Como sinônimo de ordem social, abrange as manifestações sociais relevantes, incluindo a soberania e os bons costumes.¹²⁸

Enriquecendo esse conceito, pode-se dizer que a ordem social diz respeito ao interesse geral da sociedade, regido por normas jurídicas, tradições, e ideologias, refletindo o patrimônio espiritual do povo, seus hábitos, ideias políticas e econômicas, até e mesmo os direitos fundamentais de determinada época e lugar, ou seja, varia de acordo com o tempo e o espaço.

Assim, as normas de caráter imperativo serão definidas nessa modalidade de acordo com o momento em que tal análise estiver sendo conduzida pelo foro competente. O órgão judicante avaliará, casuisticamente, se a violação à ordem pública pode ocorrer caso determinado princípio disponha sobre a relação obrigacional em análise.

O resultado dessa aferição estabelecerá a supremacia do princípio ou da norma jurídica. Em qualquer hipótese, os Princípios têm como escopo a integração e o aprimoramento da matéria obrigacional, portanto, não há no texto do UNIDROIT o intuito de ferir qualquer bem maior.

Princípio da Boa-Fé

A boa-fé é verdadeiro alicerce das obrigações contratualmente assumidas, sem o qual seria inimaginável qualquer tipo de elucubração teórica ou prática bem-sucedida no mundo jurídico.

¹²⁷ UNILEX on UNIDROIT Principles. Article 1.4. Disponível em: <http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13637&x=1>. Acesso em: 8.6.2007.

¹²⁸ DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro interpretada*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 634-635.

Esse princípio foi endeusado em Roma, tendo seu culto estabelecido no Lácio. O Rei Numa, sob os conselhos da ninfa Egeria, erigiu um templo sobre o Monte Palatino, e tinha seus próprios sacerdotes e sacrifícios específicos¹²⁹.

Alípio Silveira¹³⁰ apresenta três categorias de princípios jurídicos sobre a designação do princípio da boa-fé: como princípio de equidade e humanidade, suprimindo e sanando vícios; como critério de moralidade, refletindo no dever de agir com lealdade tanto na celebração do contrato como no cumprimento das obrigações avençadas; e como princípio interpretativo da norma jurídica e da vontade das partes.

Tal princípio está intimamente ligado à interpretação do contrato, que deve buscar a intenção das partes, e não apenas simples análise textual. Isso ocorre porque a finalidade é o interesse social de segurança das relações jurídicas, posto que as partes contratantes devem agir com lealdade e confiança recíprocas.¹³¹

É fundamental que as partes ajam de boa-fé na negociação do contrato, buscando seu equilíbrio. Não se deve visar à dominação de uma parte em benefício dos interesses de outra, mas sim a comunhão de interesses, a sinergia dos participantes da relação que está sendo formalizada.

O princípio da boa-fé é consagrado em diversas passagens dos Princípios do UNIDROIT. A disposição mais enfática é encontrada no art. 1.7, ao estabelecer que as partes devem atuar com boa-fé e lealdade negocial no comércio internacional.¹³² Com essa previsão, pretende-se deixar claro que os conceitos a serem aplicados não são os parâmetros ordinários utilizados nos diferentes ordenamentos jurídicos nacionais. Tais critérios somente poderão ser utilizados se forem aceitos em diversos sistemas jurídicos.

Ademais, pretende-se que a boa-fé e a lealdade negocial sejam interpretadas de acordo com as condições especiais do comércio internacional, cujas práticas podem variar conforme o contexto socioeconômico em que se inserem.

¹²⁹ SILVEIRA, Alípio. *A boa-fé no direito civil*. São Paulo: Typografia Paulista, 1941, p. 17.

¹³⁰ SILVEIRA, Alípio. Boa-fé. In: *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*, v. 6, por João Manoel de Carvalho Santos, com a colaboração de diversos juristas. Rio de Janeiro: Borsoi, 1947, p. 68.

¹³¹ DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. v. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 64.

¹³² UNILEX on UNIDROIT Principles. Article 1.7. Disponível em: <http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13637&x=1>. Acesso em: 8.6.2007.

Também se deve considerar que, em todos os momentos em que o texto menciona “boa-fé”, entende-se incluso o conceito de lealdade negocial, pois os redatores entendem que são indissociáveis.

Cabe ainda ressaltar que essa prescrição é inafastável, vale dizer, tem caráter imperativo e as partes não podem transigir sobre a matéria, a fim de limitar ou excluir sua aplicação.¹³³

3.3.5 Princípios do UNIDROIT e Princípios do Direito Contratual Europeu

Por ocasião da publicação dos princípios, pairou nos meios acadêmicos a questão relativa à coexistência dos Princípios do Unidroit com os Princípios do Direito Contratual Europeu. Dentre os motivos, destaca-se justamente o fato de que geralmente os dois textos contêm os mesmos temas, bem como semelhante forma de apresentação.

No entanto, para Michael Bonnel¹³⁴ os textos apresentam escopos totalmente diferentes. Enquanto os Princípios do UNIDROIT referem-se especificamente a contrato comerciais internacionais, os Princípios do Direito Contratual Europeu aplicam-se a todos os tipos de contrato, incluindo transações meramente domésticas ou que versem sobre relações de consumo. Ademais, enquanto os Princípios do UNIDROIT são universais, os Princípios do Direito Contratual Europeu limitam-se formalmente aos Estados-Membros da União Europeia.¹³⁵

Essa diferença de objetivos não é meramente textual, refletindo-se ao longo do conteúdo de cada trabalho com uma política de aplicação mais ampla, dada a universalidade dos Princípios do UNIDROIT em comparação ao leque limitado e regional de atuação dos Princípios do Direito Contratual Europeu.

Outro ponto importante é o de que os Princípios do UNIDROIT podem ser utilizados como meio de interpretação e suplementação de instrumentos uniformizadores e, ainda, como modelo para legisladores nacionais e

¹³³ Ibidem.

¹³⁴ BONNEL, Michael Joachim. *The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract: Similar Rules for the Same Purpose?* Disponível em: http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/literature/bonell/Chapter5.rtf. Acesso em: 5.6.2007.

¹³⁵ PRINCIPLES OF EUROPEAN CONTRACT LAW, Article 1:101: Application of the Principles. Disponível em: http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/pecl_full_text.htm#pecl1. Acesso em: 5.6.2007.

internacionais. Por sua vez, os Princípios do Direito Contratual Europeu não têm qualquer disposição a esse respeito, voltando seus olhos ao que se pratica na própria União Europeia.

Considerando os traços de universalidade, os Princípios do UNIDROIT concebem a existência de fusos horários, moedas não conversíveis e peculiaridades do mercado bancário. Incluem, por exemplo, disposições muito aplicadas às transações que envolvam o Leste Europeu, carentes de autorização governamental para o perfazimento das obrigações assumidas contratualmente pelas partes.¹³⁶

Enquanto os Princípios do Direito Contratual Europeu estabelecem genericamente que as partes devem agir de boa-fé, permitindo que atuem como faria a maior parte das pessoas na mesma situação, os Princípios do UNIDROIT são mais focados e definem a necessidade de que as partes atuem com boa-fé e com integridade nas negociações das transações internacionais. Desse modo, as partes devem restringir-se aos usos que sejam amplamente conhecidos e regularmente observados pelas partes em negociações internacionais daquela natureza.¹³⁷

Pontuadas as semelhanças e as diferenças entre os Princípios do Direito Contratual Europeu e os Princípios do UNIDROIT, bem como as principais convenções aplicáveis à matéria obrigacional, passa-se a um ponto da maior relevância: a efetiva elaboração de um contrato internacional.

¹³⁶ BONNEL, Michael Joachim. *The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract: Similar Rules for the Same Purpose?* Disponível em: http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/literature/bonell/Chapter5.rtf. Acesso em: 5.6.2007.

¹³⁷ BONNEL, Michael Joachim. *UNIDROIT Principles 2004 - The New Edition of the Principles of International Commercial Contracts*. Disponível em: <http://www.unidroit.org/english/publications/review/articles/2004-1-bonell.pdf>. Acesso em: 13.6.2007.