

O ENQUADRAMENTO DOS CONTRATOS INTERNACIONAIS EM FACE DA *LEX MERCATORIA* E A BUSCA DE ESTABILIDADE NAS RELAÇÕES TRANSFRONTEIRIÇAS

Alexandre Sales Cabral Arlota*

RESUMO: Este artigo visa a apresentar, sinteticamente, os contornos da internacionalidade, focando-se, especificamente, no esforço estabilizador em que consistem os contratos internacionais. Mais do que os elementos clássicos de conexão, a contemporaneidade estimula uma nova proposta de enquadramento dos contratos internacionais, levando-se em conta o tratamento que a *lex mercatoria* eventualmente dispensar a dado tipo contratual. Dessa internacionalidade empiricamente verificada decorreria a obrigação de o intérprete considerar hermenêutica própria àquele contrato, a partir de princípios cunhados na *lex mercatoria*, e que, por vezes, não são inteiramente identificáveis em ordenamentos nacionais, dependendo a efetividade do negócio jurídico das balizas de controle fixadas pela ordem pública local.

Palavras-chave: Contratos internacionais. *Lex mercatoria*. Tipologia. Enquadramento da internacionalidade

THE FRAMING OF INTERNATIONAL CONTRACTS IN THE LIGHT OF LEX MERCATORIA AND THE SEARCH FOR STABILITY IN CROSS-BORDER RELATIONSHIPS

ABSTRACT: On the present academic paper, the author provides an overview concerning the internationality. In addition to the classical elements, the contemporaneity fosters a new proposal for the classification of international contracts. The proper and independent ruling by the *lex mercatoria* assesses a concrete international character. As a result, the judge must take into consideration the principles and the interpretation construed by the *lex mercatoria*, whenever analyzing an international contract. Such may vary, not being always in harmony with the general guidance prescribed by the national laws. In this regard, the overruling of what may be deemed as unacceptable will depend on local public policy/order.

Keywords: International contracts. *Lex mercatoria*. Legal nature. Internationality assessment.

1 INTRODUÇÃO

* Mestre – Direito Internacional UERJ. Professor Substituto de Direito Civil e Direito Internacional Privado – UFRJ. E-mail: alearlota@gmail.com

Versão em português recebida em 15/01/2014, aceita em 07/04/2014, e autorizada para publicação em 12/12/2014

O adensamento do processo de internacionalização, experimentado nas últimas décadas, marcado pelo aumento do comércio e pelo incremento dos fluxos de investimento, implicou no aprofundamento da interdependência entre os diferentes povos.

Este processo, ao qual se convencionou chamar de *globalização*, traduz-se na difusão de elementos de *estranheidade*, a permear as relações interpessoais. Com maior frequência, observam-se relações atípicas – situações da vida privada que apresentam alguma característica estrangeira; rompendo, assim, com a ficção de tipicidade ou de normalidade associada a vínculo exclusivo com dado Estado. A pluralidade se assevera, então, como corolário da internacionalização contemporânea, sobretudo a multiplicidade de vínculos obrigacionais, a ligar uma mesma pessoa (física ou jurídica) a ordenamentos jurídicos diferentes.¹

Os contratos são, essencialmente, o regime a que os particulares recorrem para estabilizar o relacionamento privado, regulando condutas e omissões, direitos e obrigações.² A internacionalização, ao contaminar todos os aspectos da vida humana, afeta, também, os contratos.³ Não raro, adota-se modelo que incorpore institutos de mais de um ordenamento, para que se acomode o interesse de cada parte.⁴

¹ MARQUES, Cláudia Lima, *Ensaio para uma Introdução ao Direito Internacional Privado*. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes, TRINDADE, Antonio Augusto Cançado, PEREIRA, Antonio Celso Alves (Org.). Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo: Estudos em Homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello. p. 331.

² Caio Mário da Silva Pereira insere os contratos no contexto civilizatório, de superação das diferenças: "Paralelamente à função econômica, aponta-se no contrato uma outra civilizadora em si, e educativa. Aproxima ele os homens e abate as diferenças. Enquanto o indivíduo admitiu a possibilidade de obter o necessário pela violência, não pode apurar o senso ético, que somente veio a ganhar maior amplitude quando o contrato convenceu das excelências de observar normas de comportamento na consecução do desejado. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil - Contratos, Vol III*. p. 13. Esse pensamento é a própria base da teoria social de Hobbes, e outros autores, a quem não por acaso, convencionou-se chamar *contratualistas*, com a diferença de que, nas teorias políticas contratualistas, o contrato é o modelo de representação da própria vivência gregária do ser humano, optando ele pela sociedade, e não pelo caos.

³ "Autores brasileiros e estrangeiros têm, efetivamente, envidado esforços visando à conceituação do contrato internacional em virtude de sua inegável importância para o comércio exterior, considerando que o traço que o diferencia de um contrato de Direito interno é um elemento de estraneidade [...] que pode ligá-lo a mais de um sistema jurídico." NETO, José Cretella. *Contratos Internacionais - Cláusulas Típicas*. p. 8.

⁴ "Os contratos internacionais apresentam em relação aos contratos do Direito Interno a característica de estar submetidos a mais de um direito." BASSO, Maristela. *Comércio Internacional. A boa-fé na execução dos contratos internacionais*. In: CARVALHO, Patrícia Luciane (Org.). Lições de direito internacional: estudos e pareceres de Luiz Olavo Baptista. p. 91.

Antes, porém, de passarmos ao enquadramento dos contratos internacionais, cumpre delimitar o campo em que esse estudo se enquadra: para Pommier (1993, p.25), os contratos internacionais são ramo do Direito Internacional Privado Convencional: "O conjunto de regras originadas de instrumentos convencionais internacionais aplicáveis às pessoas privadas implicadas nas relações contratuais internacionais."⁵

Embora os tratados internacionais sejam, de fato, impulsionadores da estabilização normativa e, mesmo, da contratual, não se pode, contudo, olvidar a indispensabilidade do costume como formador de uma *lex mercatoria*, a estabelecer os contornos em que se assenta a prática contratual no plano internacional.

Dessa forma - embora salutar o esforço de se reconhecer certa autonomia aos contratos internacionais - a contratação internacional, como atividade essencialmente privada, associa-se, em maior medida, ao ente particular, desejoso de expandir sua atuação além das fronteiras em que se encontra.

Em relação aos contratos internacionais, mais do que os Estados, foram os empreendedores privados pioneiros. Não por acaso, as convenções internacionais dedicaram-se à positivação de costumes já adotados internacionalmente, os quais se constituíam, antes mesmo de seu tratamento convencional, como regras entre os particulares.⁶

Assim, entendemos como apropriada a conexão estabelecida por Luiz Olavo Baptista (2012, p. 61) entre a expansão contratual internacional e o cunhar de uma ordem,

⁵ ARAÚJO, Nádía de. *Contratos Internacionais: Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais*. p. 25. A autora propõe, todavia, classificação distinta da de Pommier: "Trata-se de disciplina [Direito do Comércio Internacional] autônoma que tangencia, ao mesmo tempo, princípios e normas comerciais e industriais do Direito Internacional Público e do Direito Internacional Privado, exigindo uma regulamentação autenticamente internacional. Muitas dessas normas são soluções forjadas na própria comunidade internacional e não emanam de autoridades estatais. Tal disciplina tampouco compreende, exclusiva e necessariamente, regras jurídicas, mas se forma da experiência obtida na solução dos litígios internacionais e em respeito a princípios de índole universal, como a boa-fé e a proibição do enriquecimento sem causa, procurando-se sempre chegar ao equilíbrio entre as partes na relação contratual. Uma área muito conhecida do DCI [Direito do Comércio Internacional] é a dos contratos internacionais [...]". Idem, p. 309.

⁶ Entre outros tratados, citamos a Convenção das Nações Unidas sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias - Convenção de Viena de 1980; a Convenção da Haia sobre a Lei Aplicável aos Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias de 1986; e a Convenção do México sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais.

com princípios⁷ próprios, enraizados na prática reiterada, a que seguiram o reconhecimento e a proteção estatal, por meio do direito convencional.⁸

Funcionaram os princípios como epicentro de onde irradiaram os primeiros esforços uniformizadores e os mais fortes; isto porque têm os princípios alcance normativo mais amplo e maleável, podendo ser aplicados de forma gradual e temperados, em sintonia com a flexibilidade contemporânea.

Em acurada definição, Baptista (2012, p. 63) conceitua a *lex mercatoria* como: “o conjunto de princípios, instituições e regras com origem em diversos focos, e que se caracterizam por serem inspiradas e voltadas aos relacionamentos dos operadores do comércio internacional.”⁹

Para o autor (2012, p.65), compreendem-se na *lex mercatoria* os princípios gerais do Direito em matéria obrigacional, extraídos dos usos e costumes, tal como aquilo que se revela a partir da adoção de contratos típicos do comércio internacional e das decisões dos tribunais pátrios sobre o tema, e especialmente das decisões arbitrais, posto que é a arbitragem o mecanismo preferencial de solução de controvérsias no plano contratual internacional; estruturada a referida *lex mercatoria* como um sistema reticular, adaptável aos requisitos da sociedade pós-moderna.¹⁰ Não se revela, assim, a *lex mercatoria* em oposição aos ordenamentos nacionais, mas em complementação a eles.

⁷ "A expressão 'princípio' é polissêmica. Seu significado mais usual é o de início, começo, sendo fiel à sua origem, pois a palavra vem do latim *principium*, que significa o que vem em primeiro lugar, o que está na origem (da mesma raiz vem, também, príncipe, principal, etc.). No âmbito do direito, essa expressão refere-se a normas gerais sem a positividade formal das leis, mas das quais se deduzem e aplicam normas jurídicas - por exemplo, o princípio da não interferência, o princípio *pacta sunt servanda*, dentre outros. Não obstante, muitas vezes, eles podem ser positivados, como ocorreu como o princípio da boa-fé entre os contratantes. [...] A despeito da falta de definição de que geralmente padecem, juristas e operadores do direito dos mais ilustres buscaram sua cristalização através de compilações. Um exemplo é o que se faz na Unidroit, com os princípios aplicáveis aos contratos internacionais, ou na União Europeia, com os Princípios Europeus aplicáveis aos contratos internacionais." BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos Internacionais*. p. 61 e 62.

⁸ "O costume, mesmo positivado em tratado, continua a existir para aqueles Estados que desse tratado não são parte ou, ainda, para aqueles Estados que se retiraram desse mesmo instrumento pela denúncia unilateral." MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. p. 88.

⁹ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos Internacionais*. p. 63.

¹⁰ "A complexidade da sociedade atual e sua organização em rede não admitem mais estruturas hierarquizadas e rígidas. [...] Na rede mercantil, característica dos nossos dias, o caráter evolutivo e adaptável da *lex mercatoria* encontrou seu *terroir* ideal, e com sua tendência globalizante, acompanha o rumo da economia de nossos dias." BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos Internacionais*. p. 64 e 65. Também para Nadia de Araujo, são os contratos internacionais manifestação da *lex mercatoria*: "Apresenta-se [a *lex mercatoria*] através de várias manifestações: usos e costumes do comércio internacional; contratos-tipo, como os definidos pela Câmara de Comércio Internacional; condições gerais de venda; princípios gerais do direito em matéria contratual (v.g. autonomia da vontade das partes, boa-fé, e *pacta sunt servanda*); decisões arbitrais. Os usos e costumes internacionais consistem na repetição, de maneira constante e uniforme, de

A *lex mercatoria* é um conjunto de normas de conduta e de estrutura, ou competência, e compõe um ordenamento jurídico. [...] Outra característica do ordenamento jurídico que é a *lex mercatoria* é o fato de que é composto por usos, costumes, modelos jurídicos e princípios gerais de direito, ao invés de regras como as dos ordenamentos estatais.

Os modelos jurídicos aparecem, sobretudo, na criação dos contratos, e os usos e costumes codificaram-se, na maior parte das vezes, setorialmente.

A interpretação dos contratos é feita a partir de princípios gerais como a boa-fé, o *pacta sunt servanda*, a força maior e outros. Estes princípios, como bem explica Eric Loquin, não se distinguem daqueles admitidos nos direitos nacionais, mas são fruto da convergência das interpretações e aplicações que recebem nesses sistemas e da sua aceitação pela comunidade mercante internacional. Nisto assemelham-se à mecânica ou processo de criação dos modelos jurídicos, usos e costumes.¹¹

Acerca do processo de codificação dos costumes, esteira do esforço convergente, apresenta-se, como exemplo, a criação pela *International Chamber of Commerce (ICC)*, em 1933, das Regras e Usos Uniformes sobre Créditos Documentários; e dos INCOTERMS, em 1953.¹² Nesse caminho de positivação do direito costumeiro, passando

atos idênticos - comissivos ou omissivos - com o consentimento tácito de todas as pessoas que admitiram a sua força como norma a seguir na prática de tais atos. São a lei que o uso estabeleceu, e que se conserva, sem ser escrita, por força de uma longa tradição. Na prática comercial, revelam-se, sobretudo, na interpretação de contratos, a praxis dos comerciantes. Com o tempo, esses usos desenvolveram-se e cristalizaram-se em contratos-tipo: fórmulas contratuais padrão elaboradas por organismos que lidam com o comércio internacional, e que, embora facultativas, pelo seu alto grau de especialidade, constituem verdadeiro formulário, contendo regras materiais claras e também normas sobre a sua interpretação. [...] A prática arbitral também contribui para esclarecer os delineamentos dessa *lex mercatoria*, assumindo o papel de uma jurisprudência quase vinculante. Além disso, o recurso à arbitragem é a fórmula mais usada para resolver os litígios decorrentes de uma relação comercial transnacional, sendo a cláusula arbitral uma das mais usuais nesses contratos. Os contratos internacionais são o instrumento por excelência do fluxo comercial internacional. Por regularem situações jurídicas multiconectadas, poderão estar ligados a mais de um ordenamento jurídico. Isso traz grande incerteza, pois os ordenamentos não são uniformes." ARAÚJO, Nádia de. *Contratos Internacionais: Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais*. p. 313 a 315. H. Patrick Glenn defende que os princípios do UNIDROIT ultrapassam a acepção teórica, funcionando como consubstanciação prática da *lex mercatoria*: "The UNIDROIT principles go beyond the *lex mercatoria* in its historical sense, because they provide a general codification of contractual principles intended to be applied in all international, commercial (though not consumer) contracts. They provide a model for national legislators; a means of interpreting and supplementing international instruments; a compendium of 'neutral language' useful in drafting contracts; and a set of rules that may be used [...] in the resolution of contract disputes." GLENN, H. Patrick. *An International Private Law of Contract*. In. BORCHERS, Patrick J.; ZEKOLL, Joachim. *International Conflict of Laws for the Third Millennium. Essays in Honor of Friedrich K. Juenger*. p. 59.

¹¹ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos Internacionais*. p. 65.

¹² Idem. p. 65 e 66.

a prática reiterada aceita como direito¹³ a comando textual, tem atuação destacada o UNIDROIT.¹⁴⁻¹⁵

Em relação ao direito contratual internacional, vale ressaltar a elaboração pelo UNIDROIT dos *Princípios* (SOUZA JR, Lauro da Gama, 2008, p. 357)¹⁶:

Os *Princípios* versam, principalmente, normas gerais sobre contratos: normas que possuem um traço comum com a maioria dos sistemas jurídicos contemporâneos e aspiram, além disso, prover as soluções mais adaptadas às exigências específicas do comércio internacional [...] Assim, quando da seleção das normas integrantes dos *Princípios*, consideram-se, entre outros elementos, a força persuasiva ou sua particular adequação à disciplina das operações internacionais, ou, em conjunto, ambos os fatores.¹⁷

Vale, contudo, ressaltar que a estabilização do sistema internacional compõe trabalho complexo e esforço extenuante que não se podem confundir com o mero *transplante*¹⁸ de uma norma para outro contexto, nem com sua artificiosa reprodução. Não raro, quando isolada da realidade que a motivou e cunhou, a norma se torna

¹³ Artigo 38, § 1º do Estatuto da Corte Internacional de Justiça.

¹⁴ "O objetivo do UNIDROIT é estudar as necessidades e os métodos para a modernização, a harmonização e a coordenação do Direito Privado - em especial, o Direito Comercial - entre Estados e grupos de Estados. Fundado em 1926, como órgão auxiliar da Sociedade das Nações, o Instituto foi restabelecido em 1940, após a dissolução da organização, com base em um acordo multilateral, o Estatuto Orgânico do UNIDROIT, aprovado em 15.03.1940 e emendado pela última vez em 26.03.1993." NETO, José Cretella. *Contratos Internacionais - Cláusulas Típicas*. p. 77. Também para Nadia de Araujo desempenham os *Princípios* importante atribuição: "[...] os *Princípios* elaborados pelo UNIDROIT são uma das demonstrações da comunidade internacional sobre aspectos substanciais da *lex mercatoria*, sendo uma fonte de regras que pode ser usada como guia tanto para a elaboração de cláusulas, quanto no momento em que houver um litígio, ajudando juízes e árbitros a encontrar a solução que mais se coaduna com uma prática comercial harmonizada." ARAÚJO, Nádia de. *Contratos Internacionais: Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais*. p. 316.

¹⁵ "In 1980 the International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT) set up a working group to prepare a set of principles for international-commercial contracts. The working group reported in 1994 and its report was accepted by the Governing Council of UNIDROIT". FURMSTON, Michael. *Law of Contracts*. p. 29.

¹⁶ Lauro da Gama e Souza Jr. explica acerca da ampla aceitação dos *Princípios* do UNIDROIT: "Prova eloquente de sua aceitação entre os operadores de direito é o fato de, pouco mais de dez anos a partir de sua edição, em maio de 1994, terem sido repertoriados perto de 130 casos de aplicação dos *Princípios* do UNIDROIT por tribunais judiciais e arbitrais. Sem contar os casos que, em virtude do sigilo característico das arbitragens, jamais foram publicados." SOUZA JR, Lauro da Gama e. *Os Princípios do UNIDROIT Relativos aos Contratos do Comércio Internacional: Uma Nova Dimensão Harmonizadora dos Contratos Internacionais*. In. DIREITO, Carlos Alberto Menezes, TRINDADE, Antonio Augusto Cançado, PEREIRA, Antonio Celso Alves (Org.). Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo: Estudos em Homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello. p. 357.

¹⁷ Idem. p. 361.

¹⁸ Tradução livre do autor. "[...] uma jurisdição, imitando regras ou conceitos de outras jurisdição, o que é, por vezes, referido como *transplantes* [...]" OGUS, Anthony. In.: *Competition Between Legal Systems*. In. ÖRÜCÜ, Esin and NELKEN, David. Comparative Law: A Handbook. p. 162.

inservível, *unsuitable*¹⁹. Sem bases sociais e institucionais para assentar o conteúdo normativo e imprimir-lhe coerência e aplicabilidade, o que se observa é a desvirtuação da norma reproduzida.

Sem embargos da crítica ao comportamento exclusivamente mimético, é compreensível que os empreendedores privados enxerguem com alguma desconfiança a pluralidade normativa e queiram imprimir maior estabilidade ao sistema, consonante a enunciação de rol mínimo de normas aplicáveis às transações internacionais.²⁰ Podendo intervir apenas limitadamente nos ordenamentos jurídicos internos, privilegia-se a *lex mercatoria*, a tecer estatuto aplicável em dimensão distinta, daquela interna.

2 DEFINIÇÃO DO CONTRATO INTERNACIONAL E ELEMENTOS DE CONEXÃO - A INTERNACIONALIDADE EMPIRICAMENTE VERIFICADA

A internacionalidade dos contratos internacionais se exprime, usualmente, tanto no campo jurídico, quanto no campo econômico.

Sob o viés econômico, em estreita síntese, o contrato internacional pressupõe fluxo internacional, traduzido na movimentação transfronteiriça de bens e/ou de serviços, acompanhada, nos contratos mercantis, do correspondente fluxo financeiro.²¹

Tributariamente ao aspecto econômico, o qual é factual, já que a existência de um fluxo internacional é concretamente verificável, classificam-se os contratos internacionais juridicamente.²² Segundo enunciação de Battifol (BAPTISTA, Luiz Olavo, 2012, p. 23):

¹⁹ FOSTER, Nicholas HD. *Comparative Commercial Law of Rules or Context?* In. ÖRÜCÜ, Esin and NELKEN, David. *Comparative Law: A Handbook*. p 276.

²⁰ "A pluralidade de regras e sistemas jurídicos nasce das peculiaridades de cada um desses últimos, em que o processo judicial, o modo de sentir e interpretar o direito, e a legislação também são próprios de cada local - e a aplicação se faz por meio de regras de conflitos de leis próprias ao juiz ou intérprete. Diferenças essas que conduzem inexoravelmente a certa insegurança jurídica no comércio internacional. [...] A diversificação normativa, sendo elemento de insegurança jurídica e econômica, tem sido alvo de constantes esforços para superação de seus efeitos." BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos Internacionais*. p. 83 e 84.

²¹ Idem. p. 21.

²² A autonomia da classificação econômica em relação à jurídica não significa que elementos de um campo não sirvam para a caracterização no outro, conforme aponta Jacob Dolinger: "Necessário conceituar o que é um contrato internacional, como ele se distingue do contrato interno [...]. A questão teria sido originalmente tratada pela Corte de Cassação da França. Em sua primeira manifestação, em 1927, entendeu que há de se aplicar um critério econômico para detectar o fenômeno da contratação internacional, e este

um contrato tem caráter internacional quando, pelos atos concernentes à sua elaboração ou sua execução, ou a situação das partes quanto à nacionalidade ou seu domicílio, ou a localização de seu objeto, ele tem liame com mais de um ordenamento jurídico.²³

Mais do que uma lista taxativa de interconexões possíveis a ligar partes contratantes a ordenamentos jurídicos alhures, aquela definição reconhece as mais evidentes e tradicionais hipóteses de internacionalidade, já então admitidas como guisas das normas de conexão.²⁴⁻²⁵⁻²⁶

Fugindo de uma claustrofóbica classificação, no Reino Unido, o *Unfair Contract Terms Act*, de 1977, abre ao intérprete a possibilidade de, a depender do caso, definir o contrato como internacional. O *Arbitration and Conciliation Act*, de 1996, adota critério similar, e admite, como vínculo de conexão, a eleição pelos contraentes de jurisdição estrangeira, distinta da inglesa.²⁷

Nos Estados Unidos, no caso *Bremen v. Zapata*, de 1972, o órgão constitucional norte-americano reconheceu a validade e a eficácia da cláusula de eleição do foro inglês, entendendo-a como reveladora da vontade das partes de que a regência se desse pela Lei Inglesa. Isto é, em face da ausência de cláusula específica a eleger uma lei nacional, e dados os contornos essencialmente internacionais do contrato, a Suprema Corte interpretou como jacente à vontade das partes que a lei de regência fosse a inglesa, para

se caracterizaria pelo que denominou fluxo e refluxo através das fronteiras." DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado Vol II - Contratos e Obrigações no Direito Internacional Privado*. p. 224.

²³ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos Internacionais*. p. 23

²⁴ "Em outras palavras, o contrato é internacional não em virtude de uma regra, porém tem essa condição de fato que se constata a partir de um feixe de elementos que não cabem numa enumeração rígida." Idem. p. 23

²⁵ Para Irineu Strenger: "são contratos internacionais do comércio todas as manifestações bi ou plurilaterais vinculantes de dois ou mais sistemas jurídicos extraterritoriais, pela força do domicílio, nacionalidade, sede principal dos negócios, lugar do contrato, lugar de execução, ou qualquer circunstância que exprime um liame indicativo de Direito aplicável." STRENGER, Irineu. *Contratos Internacionais do Comércio*. p. 81.

²⁶ Sobre a dificuldade de se conceituar juricamente os contratos internacionais: "The exact meaning of the term 'international contract' is not always clear, but it generally refers to a contract that has links with more than one legal system. Relevant links usually include the residence and places of business of the parties, the place of conclusion of the contract, the places of performance of the contract, etc.". KRUGER, Thalia. *Étude de faisabilité sur le choix de la loi applicable dans les contrats internationaux: aperçu et analyse des instruments existants*. In. Hague Conference on Private International Law, 08 mars 2007. p. 9.

²⁷ José Cretella Neto nos lembra que já constava do *Arbitration Act*, de 1959, definição negativa, a partir da qual se deduziria o que é contrato internacional. Assenta a referida lei os critérios da nacionalidade e do domicílio, cumulando-os com a escolha de uma lei ou de local fora do alcance da jurisdição inglesa, distinguindo a arbitragem doméstica da internacional. NETO, José Cretella. *Contratos Internacionais - Cláusulas Típicas*. p. 45.

cuja construção contribuiu decididamente a indicação da cláusula de eleição de foro, segundo a qual as controvérsias atinentes ao contrato seriam resolvidas em Londres.

Subsequentemente, em 1974, no caso *Scherk v. Alberto Culver*, a Corte Constitucional Estadunidense fixou critérios adicionais, a balizar a interpretação das cortes inferiores, quais sejam: a nacionalidade das partes e o centro de seus interesses; o lugar das negociações; o lugar da assinatura; o lugar da celebração (*closing*); e o objeto do contrato. No tocante a esta decisão (*Scherk v. Alberto Culver*), vale destacar o *centro de interesses* como elemento de estraneidade. É exatamente nesse ponto que a teoria tradicional dos contratos internacionais parece injustificadamente tímida.

Ora, não é incomum que os contratos firmados em dado país, para a execução de serviços naquele mesmo local, por pessoas jurídicas pátrias, sejam essencialmente internacionais.

Essa aparente contradição cede em face de análise pormenorizada. De fato, é habitual que os investidores estrangeiros constituam empresas locais. Afinal, uma vez concluído o projeto, e seguindo-se a fase operacional, o ente local - e não o estrangeiro - será aquele a desenvolver as atividades.²⁸ Também é igualmente frequente que, mesmo em estágio preparatório à operação e ainda na fase de projeto, sobretudo nos de grande vulto, tenha-se, como requisito, a expedição de atos autorizativos internos, a exemplo do licenciamento ambiental. Essas permissões não podem ser emitidas em nome do investidor estrangeiro, devendo relacionar-se à sociedade localmente estabelecida.

O capital necessário ao empreendimento é remetido, contudo, da sede da transnacional, e é admitido, quase sempre, como aporte de capital na nascente sociedade. Ganha relevo o *centro de interesses* - não o do local de execução do contrato, mas aquele de onde partiu a decisão de firmá-lo - como elemento marcante da conexão internacional.

Sobre essa concentração decisória, a caracterizar a sede das transnacionais como o *centro de interesse*, em oposição ao local da incorporação da subsidiária ou sociedade controlada, Luciano Benetti Timm afirma:

[...] a *lex mercatoria* (e os contratos comerciais por implicação) é feita essencialmente pelas empresas transnacionais (boa parte delas sediada nos

²⁸ É decorrência do primado de segurança, que os órgãos jurisdicionais locais possam alcançar a sociedade operadora, bem como seus bens; o que seria de sobremaneira dificultado, caso admitida a operação por ente alienígena.

Estados Unidos) e por seus enormes escritórios internacionais, igualmente sediados nos Estados Unidos.²⁹

É, inclusive, comum que - para otimização fiscal - a natureza triangular da relação estabelecida entre a sede da transnacional, a sociedade incorporada localmente e a contratada seja mitigada, assumindo dimensão direta, pagando a sede da transnacional em contas de titularidade da contratada no exterior, sem que o capital chegue a entrar no país hospedeiro.

Como corolário dessas teias inter-relacionais, é cada vez mais recorrente que contratos assinados no Brasil, para serem aqui executados, ainda que envolvam apenas partes locais, sejam redigidos em inglês ou outro idioma estrangeiro, de modo a permitir que os centros das transnacionais possam avaliar juridicamente a transação. Em adição, o uso de *standards* contratuais internacionalmente consagrados permite maior controle pelo investidor estrangeiro.³⁰

O idioma e a eleição de *standard* contratual³¹ seriam, assim, importantes indicativos da internacionalidade do contrato, a qual continuaria dependente da análise concreta.³²

²⁹ TIMM, Luciano Benetti. *Common Law e Contract Law: Uma Introdução ao Direito Contratual Norte-Americano*. p. 13.

³⁰ Na prática, os advogados internos das sociedades locais ou os escritórios que os assessoram têm autonomia limitada, dependendo da aprovação da matriz a alteração ou o ajuste de cláusulas tidas como sensíveis nos formulários-padrão internacionais.

³¹ "Nos contratos internacionais, há larga mese em que se recorre a fórmulas-padrão ou condições gerais, onde há sempre estipulação da lei aplicável. Os contratos da *Grain and Feef Trade Association* - Gafta, por exemplo, sujeitam as partes à arbitragem na Inglaterra, e a convenção à lei inglesa. O mesmo ocorre com os celebrados segundo as fórmulas da *London Rubber Trade Association*, da *Incorporated Oil Seed Association*, da *London Rice Brokers*, da *Liverpool Copra Association*, da *American Spice Trade Association* - Ast; referências ao direito alemão são recorrentes nos contratos de transporte de armadores teutônicos, sendo que as condições gerais da venda a países estrangeiros das indústrias Krupp (*Friedrich Krupp Germaniawerft A.G., Kiel-Garten*) também estipulam a submissão do contrato à lei germânica." BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos Internacionais*. p. 51. Resta claro que muitos dos *standards* contratuais guardam íntima relação com dado ordenamento jurídico. É o caso, por exemplo, do *Americanized Welsh Coal Charter* (AMWELSH) - modelo adotado pela *Baltic and International Maritime Council* (BIMCO) para o afretamento de embarcações transportadoras de carvão. Esse modelo foi criado a partir da adaptação levada a efeito pela *Association of Ship Brokers & Agents in New York* do modelo indicado pela BIMCO. Ganhou tamanha relevância que a BIMCO passou a recomendar esse contrato como padrão para as cargas de carvão oriundas ou destinadas aos Estados Unidos. Parece natural que, em face da omissão das partes, o intérprete considere a lei de Nova York como aplicável a esse contrato. O AMWELSH é um exemplo, entre inúmeros resultantes de formulários-padrão empregados por associações internacionais. Para uma análise mais detalhada do modelo AMWELSH, recomenda-se a leitura das *Explanatory Notes*, cunhadas pela BIMCO, no sítio eletrônico <https://www.bimco.org/>.

³² Como elementos adicionais, e ao lado dos tradicionais, enunciados por Battifol, admitem-se o local do pagamento e o foro escolhido pelas partes. Nesse sentido, José Cretella Neto sintetiza os elementos de conexão: pessoa dos contratantes (nacionalidade ou domicílio); objeto do contrato (formação ou execução);

No Brasil, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro prescreve, em seu artigo 9º, a *lex loci contractus*, isto é, o lugar de celebração do contrato ou aquele de onde se ofertou, como definidor do ordenamento jurídico ao qual o contrato se conectará. Esse critério não desprestigia a autonomia da vontade das partes, uma vez que poderiam elas optar por firmar o contrato onde preferissem, estabelecendo, segundo a Lei Brasileira, a conexão necessária com o ordenamento pretendido. Apenas para os contratos aos quais se estabelece forma essencial, reserva-se critério mais rígido, prevalecendo o lugar da execução da obrigação - *lex loci executionis*.

Mais que uma formulação indireta, do artigo 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, em interpretação harmonizada ao imperativo constitucional da liberdade, extrai-se a possibilidade de que as partes elejam expressamente a lei aplicável a dado contrato.

Não precisariam os contratantes, portanto, transpor-se fisicamente ao local eleito, ônus desnecessário, bastando que indicassem no próprio instrumento contratual o ordenamento jurídico aplicável.

Lauro da Gama e Souza Jr. (2008, 620) defende que a inexistência de vedação no artigo 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (antiga LICC), designada pelo autor como uma *cláusula legislativa implícita*, a autorizar o exercício amplo da autonomia da vontade das partes, permitiria a escolha da lei aplicável ao contrato:

Em suma: a *filtragem constitucional* do artigo 9º da LICC exclui, por inconstitucional, a condição vedatória da eleição do direito aplicável ao contrato, que é incompatível com a liberdade fundamental garantida no artigo 5º, § 2º, da Constituição. E, mais que isso: assegura objetivamente a validade e eficácia da escolha das partes, feita no âmbito do sistema de DIPr, através de cláusula legislativa implícita, concretizadora da tutela constitucional da liberdade [...]. A razão desse entendimento é singela. De um lado, a proteção constitucional da liberdade impede que uma interpretação ampliativa do artigo 9º da LICC reduza o âmbito da autonomia da vontade em sede contratual, estabelecendo restrição inexistente no direito positivo. De outro, a eficácia objetiva e irradiante da cláusula constitucional de liberdade [...] erige um direito particular frente ao Estado para que este não impeça ações e omissões - um direito de autodeterminação da pessoa. Autoriza, pois, o intérprete e aplicador da lei a extrair plenos efeitos da eleição do direito aplicável feita pelos contratantes, mesmo que não exista previsão legal expressa a respeito.³³

moeda; fluxo de bens; transfronteiricidade; espécie de relação mercantil; tratados; lei uniforme. NETO, José Cretella. *Contratos Internacionais - Cláusulas Típicas*. p. 45.

³³ SOUZA JR, Lauro da Gama e. *Autonomia da vontade nos contratos internacionais no Direito Internacional Privado brasileiro: uma leitura constitucional do artigo 9º da Lei de Introdução ao Código Civil em favor da liberdade de escolha do direito aplicável*. In: TIBURCIO, Carmen e BARROSO, Luís Roberto (Org.). *O Direito Internacional Contemporâneo: Estudos em Homenagem ao Professor Jacob Dolinger*. p. 620.

Epítome da autonomia da vontade é, assim, a permissão de que as próprias partes escolham a lei de regência, o que, por sua vez, outorga maior grau de segurança à relação contratual.³⁴

Também o caminho de privilegiar a autonomia decisória privada foi o seguido pela Corte de Cassação Francesa, ao postular que a lei aplicável ao contrato é aquela adotada pelas partes; cabendo ao intérprete, tão somente nos casos de inexistência de declaração manifesta, investigar, a partir da economia da convenção e das circunstâncias da causa, qual a lei a que se subsumam as relações decorrentes de dado contrato.³⁵ Na ausência de manifestação inequívoca, recorrer-se-ia, então, aos elementos apresentados (idioma, lei do foro, entre outros) como indicadores da subentendida vontade das partes.

36

Nesse contexto, parece adequada a consideração de um contrato como *internacional*, quando a *lex mercatoria* reconhece-o como tipicamente internacional, dispensando àquele contrato regulação própria, fundada na prática comercial internacional.³⁷

O efeito imediato da assunção de dado contrato como internacional seria a imposição ao juiz ou ao árbitro do dever de interpretá-lo, segundo hermenêutica própria, observando a tutela da *lex mercatoria* àquela relação.

Para Heleno Taveira Tôrres (2013, p. 100):

³⁴ "Os operadores do comércio internacional almejam certeza e segurança, que nesse ambiente imperfeito não conseguem. Uma de suas escapatórias para uma angra legislativa segura é a escolha da lei aplicável, cujas consequências podem variar, e alcançam-na pelo mecanismo chamado *autonomia da vontade*. O procedimento dos operadores experientes é o recurso a um bom contrato, cuidadosamente escrito, que esteja preso, como uma ostra ao casco, a uma ordem jurídica favorável, o que lhes permite prever as consequências jurídicas e a competência jurisdicional, sempre desejando não se servir desta." BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos Internacionais*. p. 46.

³⁵ *Idem*. p. 47 e 49.

³⁶ No tocante à eleição expressa, essa liberdade não se exerce, na maior parte dos ordenamentos jurídicos, de forma irrestrita, impondo-se a comprovação de que o contrato tem, de fato, algum vínculo com o ordenamento escolhido. Busca-se, dessa forma, evitar a figura da *evasion of law*, a qual se configura, sempre quando os contratantes escolhem lei distinta daquela que se presumiria aplicável, para burlar comando imperativo de uma jurisdição. Nesse caso, a eleição da lei não seria manifestação da vontade dos contraentes de submeter o contrato a uma lei nacional específica, mas vontade de burlar ilegalmente norma imperativa, o que nenhum ordenamento pode admitir.

³⁷ "Sempre que tratam de contratos internacionais, o juiz ou o intérprete leva (ou deveria levar) em conta que estes acordos, muito embora submetidos às leis de um país, têm características que não correspondem exatamente às dos contratos celebrados para produzir seus efeitos integralmente dentro do país." BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos Internacionais*. p. 174.

[...] sempre que dois contratantes, mediante exercício de vontade livre e sem violência, procuram ajustar os termos de um contrato envolvendo elementos de estraneidade correspondentes a mais de uma jurisdição, tem-se na espécie um contrato internacional. **E só isso já o torna objeto de tratamento diferente das demais modalidades contratuais, a merecer um específico modelo de hermenêutico e de regulamentação.**³⁸ [grifado]

No Brasil, por exemplo, onde não houve ainda recepção de nenhuma das convenções de *lex mercatoria* internacional, **isso não é suficiente para afastar o dever de tratamento hermenêutico diferenciado do intérprete, pelo vínculo valorativo entre a causa do contrato e todos os elementos que o configuram juridicamente, acomodando-o em regime compatível com sua circunstância, em face dos distintos elementos de estraneidade que o envolvem.**³⁹ [grifado]

Mesmo a eleição de um direito nacional como regente da relação contratual não afastaria o caráter internacional do contrato, caso a *lex mercatoria* dispensasse a ele tratamento próprio. Subsistiria, então, o mandamento conciliatório entre a vontade das partes - indicativa de um direito nacional - com os princípios extraídos da *lex mercatoria*. Essa harmonização é sintetizada por Lauro da Gama e Souza Jr. (2008, 626) na metáfora de um *diálogo de fontes*:

Aliando a teoria à prática, no exemplo dado linhas atrás, de um contrato internacional de agência (representação comercial) no qual as partes elegeram o direito francês, o juiz não poderá deixar de respeitar a autonomia privada dos contratantes. Mas também deverá estabelecer um diálogo entre as fontes, justificando a solução alcançada através do direito nacional eleito mediante a utilização de normas internacionalmente conhecidas, como os Princípios do UNIDROIT [...]. Sem embargo do direito do respeito à liberdade de escolha das partes, deve o aplicador do direito, diante do caso concreto, mitigar a ideia de exclusão, inerente ao método conflitual clássico de DIPr, e enfrentar os desafios de harmonizar e coordenar as várias normas jurídicas aplicáveis, estabelecendo, através do diálogo de fontes, uma coordenação flexível e útil entre elas, que proporcione a melhor solução possível para os casos complexos do comércio internacional.⁴⁰

José Luis Siqueiros (2006, 563), ao investigar o papel do UNIDROIT, destaca que ao propor novo regramento da internacionalidade dos contratos, os *Princípios* daquela

³⁸ TORRES, Heleno Taveira. *O Dever de Respeito às Qualificações como Medida de Proteção à Segurança Jurídica Internacional – Um Caso: Contratos de Produção e o Modelo Turnkey à Luz do Direito Brasileiro*. In. TORRES, Heleno Taveira (Org.). Comércio Internacional e Tributação. p. 100.

³⁹ Idem. p. 101.

⁴⁰ SOUZA JR, Lauro da Gama e. *Autonomia da vontade nos contratos internacionais no Direito Internacional Privado brasileiro: uma leitura constitucional do artigo 9º da Lei de Introdução ao Código Civil em favor da liberdade de escolha do direito aplicável*. In. TIBURCIO, Carmen e BARROSO, Luís Roberto (Org.). O Direito Internacional Contemporâneo: Estudos em Homenagem ao Professor Jacob Dolinger. p. 626.

instituição não se fiam a nenhum dos critérios tradicionais, aproximando-se a natureza *internacional* dos contratos à *lex mercatoria*:

los Principios de UNIDROIT establecen reglas generales concebidas para los contratos mercantiles internacionales. Los Principios no adoptan expresamente ninguno de los criterios formulados en el ámbito del derecho convencional en torno a la internacionalidad. Para UNIDROIT existe la presunción de que dicho concepto aplicado a los contratos debe de ser interpretado en el sentido más amplio posible, para excluir de dicha calificación sólo aquellas relaciones contractuales que carezcan de todo elemento de internacionalidad, i.e., cuando todos los elementos transcendentales de contrato tengan puntos de conexión con una sola nación.⁴¹

Trata-se, evidentemente, de enquadramento estabelecido em sentido negativo. Dessa forma, apenas quando o contrato possui todos os elementos (que lhe são afeitos) ligados a um único ordenamento, é ele contrato *nacional*; enquanto todos os demais, a transparecer qualquer elemento de estraneidade, considerar-se-ão *internacionais*.

Tem-se, assim, nova proposta de classificação, segundo a qual os elementos de conexão seriam facilitadores da função do intérprete em avaliar a internacionalidade de um contrato; sendo, porém, fator primordial o reconhecimento pela ordem jurídica internacional (*lex mercatoria*) daquele contrato como *internacional*.

3 O CONTRATO INTERNACIONAL COMO FATO SOCIAL

O contrato exerce função estabilizadora, a superar o voluntarismo individual e a permitir a circulação de riquezas.⁴² Caracterizado como ato jurídico, mediante o qual as partes disciplinam as relações recíprocas, o contrato apresenta-se como manifestação da autonomia privada e verdadeiro instrumento de autodeterminação.⁴³ Como resultado, o

⁴¹ Tradução livre do autor: "Os *Princípios* do UNIDROIT destinam-se a estabelecer normas gerais concebidas para os contratos comerciais internacionais. Os *Princípios* não adotam expressamente nenhum dos critérios de internacionalidade, formulados no âmbito do direito convencional. Para o UNIDROIT existe a presunção de que o referido conceito [de internacionalidade], aplicado aos contratos, deve ser interpretado no sentido mais amplo possível, para excluir desta classificação apenas as relações contratuais que não têm qualquer elemento internacional, ou seja, quando todos os elementos do contrato estabelecem conexão com uma só nação". SIQUEIROS, José Luis. *Los Nuevos Principios de UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales*. In TIBURCIO, Carmen e BARROSO, Luís Roberto (Org.). *O Direito Internacional Contemporâneo: Estudos em Homenagem ao Professor Jacob Dolinger*. p. 563.

⁴² TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*. p. 55 e 59.

⁴³ NETO, José Cretella. *Contratos Internacionais - Cláusulas Típicas*. p. 71

vício do consentimento, que desconfigura a essência volitiva do contrato, implica em sua nulidade.

No plano internacional, dadas as diferenças culturais, sociais, econômicas e jurídicas, o grau de desconfiança tende a ser maior que na instância interna, daí o contrato se apresentar como instrumento fundamental para a estruturação do sistema internacional.

Por sua vez, o exercício dessa liberdade contratual manifesta-se em duas dimensões principais, a liberdade de contratar com quem convier, e a liberdade de contratar nas bases que melhor lhe couberem.

Superada a concepção liberal, cunhada no pós-Revolução Francesa, de que ao Estado cabia unicamente papel negativo; assumiram as democracias ocidentais, em especial depois da derrota dos regimes nazifascistas em 1945 e como oposição à expansão comunista, a atribuição de instaurar ordens jurídicas internas, orientadas à mitigação dos desequilíbrios.⁴⁴

Ganhou espaço a noção de que as liberdades individuais, inclusive a contratual, deveriam ser limitadas por normas imperativas de direito, de forma que se impedisse que o postulado da livre contratação redundasse na escravização do contraente mais fraco.⁴⁵⁻

⁴⁶

Amparou-se a ação reguladora do Estado na flexibilização do conceito primitivo de *relatividade dos contratos*; sendo certo que, a partir do reconhecimento de que o contrato significa um fato social *per se*, a afetar direta ou indiretamente terceiros que dele não participam, permitiu -se reduzir a latitude da autonomia privada (PEREIRA, Caio Mário da Silva, 2006, p. 13).

⁴⁴ Sobre o longo percurso entre o liberalismo clássico e a moderna interpretação da autonomia privada, em particular nos Estados Unidos: "For half a century ending in the late 1930s, the Supreme Court invalidated, although fitfully, a number of state and federal statutes regulating economic activity, on the ground that restrictions on liberty of contract, to be consistent with due process, must be justifiable on the basis of classical economic theory [...]." POSNER, Richard A. *Economic Analyses of Law*. p. 881.

⁴⁵ "No mundo atual, sentimos a imperante precisão de que o Estado intervenha na ordem contratual, para que a mesma não seja instrumento de escravização. Essa intervenção, por normas de ordem pública, evita o desequilíbrio." AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos - Curso de Direito Civil*. p. 12.

⁴⁶ Sobre a moderna leitura da autonomia privada, Fábio Ulhoa Coelho dispõe: "A noção de autonomia privada foi, então, elaborada na tentativa de compatibilizar, de um lado, o reconhecimento do poder de os sujeitos de direito disporem de seus próprios interesses de modo juridicamente válido e eficaz; e, de outro, as limitações impostas pela necessidade de tutelar o contratante débil." COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil, Vol III*. p. 37.

[...] a acepção mais moderna da função do contrato, que não é a de exclusivamente atender aos interesses das partes contratantes, como se ele tivesse existência autônoma, fora do mundo que o cerca. Hoje o contrato é visto como parte de uma realidade maior e como um dos fatores de alteração da realidade social. Essa constatação tem como consequência, por exemplo, possibilitar que terceiros que não são propriamente partes do contrato possam nele influir, em razão de serem direta ou indiretamente por ele atingidos.⁴⁷

É essa capacidade de influenciar a realidade social - e não apenas a jurídica - que imprime uma leitura do contrato como fenômeno social. Afinal, todo ato jurídico é, antes de mais nada, um fato social, porquanto aquela dimensão não se dá em outro universo que não o das relações humanas.⁴⁸

Uma das balizas da flexibilização da autonomia privada é exatamente a função social do contrato. Dessa forma, imprime-se decisiva força à noção de que o contrato deve, em última instância, ser um atenuador de desequilíbrios; e, não, uma fonte de novas distorções. A exemplo da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, e que, em seu artigo 5º, Inciso XXIII, impõe a função social como limitadora da propriedade, o Código Civil determina que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.⁴⁹

É por uma interpretação sistêmica do ordenamento jurídico brasileiro e, em especial, do Código Civil, que se vê o ímpeto do legislador de que a função social do contrato seja considerada como princípio basilar, a legitimar a liberdade contratual. Seria, nesse particular, a *função social* fundamento da ordem pública (COELHO, Fábio Ulhoa, 2012, p. 50):

A função referida na lei é uma limitação da liberdade de contratar, no sentido da invalidade dos contratos que não a cumprem. Tanto assim que considera o Código, numa regra de caráter transitório, que o contrato sem função social é nulo por contrariar norma de ordem pública (artigo 2.035, parágrafo único do Código Civil).⁵⁰

⁴⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil - Contratos, Vol III*. p. 13.

⁴⁸ Sobre a indissociabilidade entre o aspecto prático, econômico, e o jurídico, Luiz Olavo Baptista expressa-se: "Em suma, o contrato internacional, sendo uma operação econômica internacional (e, logo, meio de promover a circulação de riquezas entre as nações), não deixa de ser um conceito jurídico." BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos Internacionais*. p. 29 e 30.

⁴⁹ "Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato."

⁵⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil, Vol III*. p. 50.

Tamanha é a gravidade do tema que ao contrário da boa-fé, cujo desrespeito no plano contratual afeta, precipuamente, a relação privada; a inobservância da função social do contrato deságua na própria invalidade do ato jurídico.⁵¹

4 ORDEM PÚBLICA - PARADIGMA DE CONTROLE

No direito interno, a ordem pública funciona como princípio limitador da vontade das partes; obstando que entes privados disponham em sentido contrário a ela. No direito internacional, a ordem pública pode impedir a aplicação de leis estrangeiras; a execução de sentenças proferidas no exterior; e o reconhecimento de atos realizados em outros países. É exatamente em relação a esta última decorrência, que a ordem pública toca aos contratos internacionais.⁵²

Com propriedade, Jacob Dolinger ressalta que, embora a ordem pública comporte uma dimensão jurídica, não é esta a única. O princípio de ordem pública - em acepção ampla - é também filosófico e moral. Dessa forma, a ordem pública se afere pela mentalidade e pela sensibilidade média de dada época.⁵³

No Brasil, o artigo 17 da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro equipara a ordem pública aos *bons costumes*. Em que pese a tautologia de se definir um conceito por outro, equivalente; ao assim proceder, o legislador brasileiro reforçou o componente moral, presente na noção de ordem pública.

Como não há estabilidade da moral, tem-se a ordem pública como relativa ao tempo e ao lugar.⁵⁴ E é essa instabilidade que Dolinger (2003, 385) revela como característica definidora da ordem pública.

Visto que o conceito da ordem pública emana da *mens populi*, compreende-se que seja relativo, instável, variando no tempo e no espaço. Assim como a noção de ordem pública não é idêntica de um país para outro, de uma região para

⁵¹ Idem. p. 51.

⁵² DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado – Parte Geral*. p. 385 e 386.

⁵³ Idem. p 386.

⁵⁴ "[...] o que se entende por ordem pública em uma determinada época, inclusive o seu significado conceitual, obedece a variações temporais e locais." MIRAGEM, Bruno. *Conteúdo da Ordem Pública e os Direitos Humanos - Elementos para um Direito Internacional Pós-Moderno*. In. MARQUES, Claudia Lima (Org.) e ARAÚJO, Nadia de (Org.). O Novo Direito Internacional: Estudos em Homenagem a Erik Jayme. p. 313.

outra, também não é estável, alterando-se ao sabor da evolução dos fenômenos sociais dentro de cada região.⁵⁵

Tributariamente à marcada instabilidade, associa-se a ordem pública à *contemporaneidade*: sendo a ordem pública relativa, obriga-se o intérprete a avaliar o fato, conforme a moral aplicável à época do julgamento, e não ao tempo da ocorrência do fato. Na medida em que a ordem pública caminha em direção a uma maior liberalidade, os atos pretéritos, realizados sob a égide da moral anterior, quando o ordenamento do foro não os poderia admitir, serão reconhecidos ante a superveniência de nova concepção moral. Similarmente, caso a moral tenha se enrijecido, poderá ato - até então admissível - ser rechaçado.

A percepção de que uma mesma conduta, a depender do grau de afronta ao comando moral, possa ser classificada como atentatória à ordem pública ou não, rompe com a segmentação estreita que propunha classificar as normas como de ordem pública ou correntes.⁵⁶

É o caso do didático exemplo sugerido por Dolinger, para quem norma estrangeira que atribua maioria civil a uma criança de 10 anos, por seu potencial lesivo à ordem pública brasileira, deva ser considerada inadmissível; ao passo que norma estrangeira a outorgar maioria a um adolescente 16 anos deva ser reconhecida no País, em que pese ambas contrariarem um mesmo comando jurídico - o de que a aptidão para os atos civis se obtém apenas com a completude dos 18 anos (2003, 386).

Torna-se, portanto, indispensável que uma conduta potencialmente violadora à ordem pública seja aferida, não de forma objetiva; mas levando-se em consideração uma gradação, a qualificar se é, de fato, inaceitável àquela sociedade.⁵⁷ Compreende-se, assim, a dimensão moral a que Dolinger referia como indissociável à ordem pública.

⁵⁵ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado – Parte Geral*. p. 389.

⁵⁶ "Valery dizia que as leis de ordem pública não são outra coisa senão as leis imperativas e proibitivas. Antoine Pillet escreveu que em Direito Internacional Privado há que se distinguir entre as leis que concernem e as leis que não concernem à ordem pública. Daí o esforço em que concorriam os autores europeus de enumerar e classificar as leis internas de natureza cogente, leis de ordem pública, insubstituíveis por leis de outras jurisdições. Foi Etienne Bartin quem divergiu da classificação das leis, assinalando que a mesma lei poderá às vezes ser caracterizada como de ordem pública e às vezes isto não ocorrerá." *Idem*. p. 390.

⁵⁷ Cristalina é a exposição feita por Izabel de Albuquerque Pereira, em relação à qual, neste trabalho, não temos o que acrescentar: "Costuma-se, na doutrina, ao enfrentar o tema da conceituação da ordem pública, equiparar a expressão ordem pública à lei de ordem pública, a qual, por sua vez, confundir-se-ia com a ideia de leis imperativas. [...] Em que pesem as opiniões destes ilustres juristas, parece-nos um manifesto equívoco incidir nesta assertiva, visto que, na realidade, a autotitulação de uma norma legal como de ordem pública é destituída de boa técnica jurídica, eis que a ordem pública não é um fenômeno endógeno à norma,

5 CONCLUSÃO

Como resultado do aprofundamento da complexidade contemporânea, recorrem as partes a expedientes estabilizadores, entre eles, à difusão de contratos essencialmente internacionais.

Nesse contexto, a referência aos elementos clássicos de *internacionalidade* não mais parece suficiente ao enquadramento de contratos como *internacionais*, nem às repercussões que daí resultam.

No esteio dos princípios editados pelo UNIDROIT, a doutrina, ainda que timidamente, passa a considerar que o traço definidor da internacionalidade contratual residiria no tratamento especificamente dispensado pela *lex mercatoria* e no reconhecimento desta àquele tipo contratual como um ato essencialmente internacional, donde emerge o dever de interpretação segundo uma hermenêutica própria e distinta dos princípios exclusivamente locais.

Sem dúvida, a ordem pública continuaria a funcionar como o feixe de controle da eficácia do negócio jurídico internacional e da eventual admissibilidade de seus efeitos no plano intraestatal, o que não desnatura, porém, a essência internacional do ato.⁵⁸

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Nádia de. *Contratos Internacionais: autonomia da vontade, MERCOSUL e convenções internacionais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos - curso de direito civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos Internacionais*. São Paulo: Lex Editora, 2011.

mas sim o princípio que inspirou o legislador a editar essas leis imperativas, e que, portanto, com elas não se confunde, uma vez que as antecede, atuando como o fundamento da ordem jurídica." PEREIRA, Isabel de Albuquerque. *A Ordem Pública nas Arbitragens Internacionais*. In: TIBURCIO, Carmen e BARROSO, Luís Roberto (Org.). O Direito Internacional Contemporâneo: Estudos em Homenagem ao Professor Jacob Dolinger. p. 511.

⁵⁸ Versão em português recebida em 15/01/2014, aceita em 07/04/2014, e autorizada para publicação em 12/12/2014

BASSO, Maristela. Comércio Internacional. A boa-fé na execução dos contratos internacionais. In: CARVALHO, Patrícia Luciane (Org.). *Lições de direito internacional: estudos e pareceres de Luiz Olavo Baptista*. Curitiba: Juruá, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. V. 3.

DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado – parte geral*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Direito Internacional Privado - contratos e obrigações no direito internacional privado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. V. II.

FOSTER, Nicholas HD. Comparative Commercial Law of Rules or Context? In: ÖRÜCÜ, Esin; NELKEN, David. *Comparative Law: a handbook*. Portland: Hart Publish, 2007.

FURMSTON, Michael. *Law of Contracts*. 14. ed. Oxford: Butterworths LexisNexis, 2001.

GLENN, H. Patrick. *Com-paring - American University International Law Review*. Vol. 26.

KRUGER, Thalia. *Étude de Faisabilité sur le Choix de la Loi Applicable dans les Contrats Internationaux: aperçu et analyse des instruments existants*. In: Hague Conference on Private International Law, 08 mars 2007.

MARQUES, Cláudia Lima, *Ensaio para uma Introdução ao Direito Internacional Privado*. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes, TRINDADE, Antonio Augusto Cançado, PEREIRA, Antonio Celso Alves (Org.). Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

NETO, José Cretella. *Contratos Internacionais - cláusulas típicas*. Campinas: Millennium Editora, 2011.

OGUS, Anthony. *Competition Between Legal Systems*. In. ÖRÜCÜ, Esin and NELKEN, David. Comparative Law: a handbook. Portland: Hart Publish, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil – contratos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. Vol III.

POSNER, Richard A. *Economic Analyses of Law*. 8. ed. New York: Aspen Publishers, 2011.

SIQUEIROS, José Luis. *Los Nuevos Principios de UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales*. In TIBURCIO, Carmen e BARROSO, Luís Roberto (Org.). O Direito Internacional Contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SOUZA JR, Lauro da Gama e. *Os Princípios do UNIDROIT Relativos aos Contratos do Comércio Internacional*: uma nova dimensão harmonizadora dos contratos internacionais. In. DIREITO, Carlos Alberto Menezes, TRINDADE, Antonio Augusto Cançado, PEREIRA, Antonio Celso Alves (Org.). Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Autonomia da vontade nos contratos internacionais no Direito Internacional Privado brasileiro*: uma leitura constitucional do artigo 9º da lei de introdução ao código civil em favor da liberdade de escolha do direito aplicável. In. TIBURCIO, Carmen e BARROSO, Luís Roberto (Org.). O Direito Internacional Contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

STRENGER, Irineu. *Contratos Internacionais do Comércio*. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora LTr, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. *Obrigações*: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TIMM, Luciano Benetti. *Common Law e Contract Law*: uma introdução ao direito contratual norte-americano. [artigo desenvolvido em pesquisa de pós-doutoramento na Universidade de Berkeley, em 2007, financiada com bolsa da Universidade Luterana do Brasil. Disponível em http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/RIDB_001_0525_0572.pdf]

TORRES, Heleno Taveira. *O Dever de Respeito às Qualificações como Medida de Proteção à Segurança Jurídica Internacional* – um caso: contratos de produção e o modelo turnkey à luz do direito brasileiro. In. TORRES, Heleno Taveira (Org.). Comércio Internacional e Tributação. São Paulo:Quartier Latin, 2005.