

CONTRATOS INTERNACIONAIS DE COMÉRCIO CELEBRADOS PELOS ESTADOS NACIONAIS E SEUS PARÂMETROS JURÍDICOS

INTERNATIONAL TRADE AGREEMENTS CELEBRATED BY NATIONAL STATES AND ITS LEGAL PARAMETERS

Isis de Angelis Pereira Sanches¹

Gustavo Assed Ferreira²

RESUMO

O tema do presente artigo são os Contratos Internacionais do comércio com o Estado, seus contornos e a Lei aplicável. A problemática central da pesquisa é a disparidade de diversas leis nacionais que disciplinam o comércio internacional, criando obstáculos ao livre fluxo do comércio. Justifica-se a importância do tema porque o contrato, originalmente estruturado para reger relações entre indivíduos, passou a incluir, a partir do século XIX, também o Estado. O objetivo central seria entender as tentativas de unificação do Direito Internacional Privado, como os princípios internacionais, costumes e jurisprudência, instrumentos como convenções, aplicáveis a estes contratos (*soft law*), sendo necessária a abordagem das eventuais soluções de controvérsias internacionais, como a proteção diplomática e a arbitragem, realizadas entre os Estados e os particulares, para a solução da lei aplicável ao contrato.

Palavras-chave: Contratos internacionais; lei aplicável; solução de controvérsias.

ABSTRACT

The subject of this article is the International Contracts of commerce with the State, its contours and the applicable Law. The central problem of the research is the disparity of several national laws that discipline international trade, creating obstacles to the free flow of commerce. The importance of the subject is justified because the contract, originally structured to rule relations between individuals, began to include, in the nineteenth

¹ Mestranda em Direito e Desenvolvimento pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto; Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Franca. Email: isisanches@hotmail.com

² Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Mestre em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto; Graduado em Direito pela Universidade Estadual Paulista – UNESP; Prof. do Departamento de Direito Pública da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – FDRP – USP. Email: gustavo.assed@usp.br

century, the State as well. The central objective would be to understand the attempts to unify private international law, such as international principles, mores and jurisprudence instruments as Conventions. Therefore, the use of some instruments such as conventions, applicable to these contracts and the use of soft law are necessary and an approach to the solutions of international controversies, such as diplomatic protection and arbitration, made between States and individuals, for the settlement of the law applicable to the contract.

Keywords: international contracts; applicable law; dispute settlement.

INTRODUÇÃO

Atualmente vem sendo questionado o surgimento de novas formas de direitos e obrigações, inclusive nos contratos internacionais do comércio. Como resultado, percebeu-se o crescimento de controvérsias internacionais e um movimento em prol da utilização da arbitragem sobre movimentos estrangeiros.

Em muitos contratos internacionais do comércio, o Estado vem atuando como um particular, como um agente econômico direto. Isso pode ser presumido principalmente em duas situações, a) tanto na compra e venda nos mercados mundiais, decorrendo-se da sua participação ou de suas entidades e, b) quando figura como Estado-hospedeiro com o investidor privado, por atuar nestas duas situações, tivemos a internacionalização dos “Contratos com o Estado”.

A partir da Segunda Guerra Mundial, ocorrida entre 1939 a 1945, o Estado começou a atuar como um agente empreendedor, entendendo a importância do financiamento orientado e dos contratos públicos, sendo capaz de assumir riscos e criar um sistema altamente articulado que aproveitasse o melhor do setor privado para o bem nacional em um horizonte de médio e longo prazo.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, uma nova configuração mundial surgiu e o capitalismo se estendeu por praticamente todo o mundo. Como resultado, hoje o Estado não está mais condicionado a somente “questões de interesse público”, como a instituição de tributos e a organização de infraestrutura, da saúde e das comunicações, mas também a questões relacionadas às atuações como agente econômico direto, realizando parcerias-público privadas, através de acordos bilaterais de investimento. Com a internacionalização da lei aplicável, intensificou-se a dificuldade da sinalização da Ordem Jurídica utilizada no

contrato internacional do comércio com o Estado, situando-se a problemática *de qual sistema* (ou sistemas) devem ser utilizados.

1. A AUSÊNCIA DE UM DIREITO SUPRANACIONAL PARA A HARMONIZAÇÃO E UNIFICAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO ENTRE PAÍSES E INDIVÍDUOS DE PAÍSES DIFERENTES

Não existe um “Código de Contratos Internacionais” universalmente aplicável, nem mesmo, mais singelamente, um instrumento jurídico regional em vigor. Apesar disso, conforme José Cretella Neto dispõe em seu livro *Contratos Internacionais do Comércio*, qualquer contrato internacional estaria sujeito à seguinte aplicação, particularmente ou em conjunto (CRETELA NETO, 2016, p 87 e 88):

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

Destarte, percebe-se preliminarmente que os contratos internacionais do comércio devem possuir a determinada proteção jurídica também quando ganham dimensão internacional, através de uma convenção internacional que lhe seja aplicável.

Em segundo lugar, segundo Huck deve-se levar em conta que o Contrato Internacional com o Estado possui características peculiares, devendo o intérprete primeiramente levar em conta o brocardo *pacta sunt servanda* e a cláusula de indicação da lei aplicável, ao estabelecer-se qual a lei é aplicável ao contrato internacional com o Estado (HUCK, 1989).

Tanto quanto a necessidade da valorização do *pacta sunt servanda* e da cláusula de indicação da lei aplicável, deverá o intérprete compreender cinco características e cláusulas fundamentais desse contrato peculiar, levando-se em conta (HUCK, 1989, p.32-34):

- a) O *aspecto político*, uma vez que o Estado, político por natureza, transmite essa característica ao contrato;
- b) *Mutabilidade essencial*, na medida em que o contrato pode ser unilateralmente modificado ou rompido pelo Estado;
- c) *Longa duração*, uma vez que demanda grandes projetos de investimentos;
- d) *Cláusula arbitral*, a qual, embora sofra de certa desconfiança por parte de alguns Estados, acaba por fazer-se presente na maioria dos contratos com o Estado e empresas transnacionais, embora se aceite aplicar a lei do Estado; e
- e) *Cláusula de estabilização*, que tem por finalidade levar em conta as mudanças nas condições iniciais do contrato, embora seja cada vez menos usada, entendendo alguns Estados que tende a limitar sua soberania.

Resta-se reconhecida as disparidades entre as diversas leis nacionais de diversos Estados e de sistemas que disciplinam o comércio internacional, situando a sinalização da Ordem Jurídica que deva ser aplicada a um Contrato Internacional do Comércio com o Estado.

Isso cria obstáculos ao livre fluxo do comércio. Por isso, instituições particulares e intergovernamentais foram desenvolvidas, visando realizar, por exemplo, a criação de convenções multilaterais³, leis-modelo e outros instrumentos, que disciplinariam as transações comerciais e outros tópicos do Direito Empresarial (CRETELLA NETO, 2016). Instituições como UNCITRAL⁴ e a UNIDROIT⁵, destacam-se no direcionamento de esforços à

³Deve-se aludir que uma das formas que tem se mostrado mais eficaz para obtenção da uniformidade dos Direitos Privados tem sido a da convenção multilateral, nomeando-se, em especial, as *Regras da Haia* (1924) e de *Hamburgo* (1978), codificando as *Condições de Transporte Marítimo de Mercadorias*, a *Convenção de Varsóvia* (1929) *sobre Transporte Aéreo*, as Convenções do UNIDROIT relativas à *Lei Uniforme para a Formação de Contratos para a Venda Internacional de Mercadorias* (1964) e a *Convenção das Nações Unidas para a Venda Internacional de Mercadorias*, (CISG, na sigla em Inglês, ou CVIM, na sigla em Francês), elaborada pela UNCITRAL.

Podemos também enumerar algumas convenções internacionais criadas para a arbitragem internacional, tais quais, a) A Haia, de 1907, que criou a Corte Permanente de Arbitragem, destinada à solução pacífica de controvérsias; b) o Tratado Geral Interamericano de Arbitragem, de 1929; c) O Tratado Interamericano para a Solução Pacífica de Litígios, aprovado pela Conferência de Bogotá, de 1951; d) As Normas-Padrão de Procedimento Arbitral, adotadas pela Comissão de Direito Internacional e aprovadas pela Assembleia Geral da ONU, por meio da Resolução 1.262, XIII, de 14.11.1958); e) a Convenção sobre a Solução de Controvérsias em Matéria de Investimentos entre Estados e Cidadãos de Outros Estados, firmada em Washington, em 1965 (realizada sob o patrocínio do Banco Mundial para a realização de uma conferência internacional, representando um avanço considerável no desenvolvimento do Direito Internacional; e f) O Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional firmado em Buenos Aires, em 23.07.1998.

⁴Para a UNCITRAL, a *harmonização* e a *unificação* seriam objetivos a serem perseguidos. A harmonização deveria promover um processo pelo qual as leis nacionais podem ser modificadas de modo a expandir a previsibilidade nas transações transfronteiriças. Já a *unificação* é definida como a adesão, por parte dos Estados, de um padrão legal comum que disciplina aspectos particulares das transações comerciais internacionais. Ambas

elaboração de formas alternativas de unificação jurídica que representam as tradições jurídicas contemporâneas.

A Comissão das Nações Unidas do Comércio Internacional visa principalmente harmonizar e unificar o direito internacional privado. Por este motivo, ela estabeleceu algumas cláusulas típicas dos contratos internacionais, destacando-se as “grandes cláusulas”⁶ da UNCITRAL, conforme também as denomina a doutrina francófona dos contratos internacionais⁷ (UNCITRAL, 2018).

A UNCITRAL, a *United Nations Commission International Trade Law* (Comissão das Nações Unidas sobre o Direito do Comércio Internacional – CNUDCI, em português) foi criada por meio da resolução 2205, na 21ª sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1966, (XXI), de 17.12.1966. A CNUDCI, em sua sigla em português, é um órgão

referem-se ao processo de elaboração e adoção de leis que facilitam o comércio internacional. Na prática, os dois conceitos estão intimamente relacionados.

⁵. Essa organização atua por meio de grupos de estudo especialmente constituídos para tal, através de diferentes espécies de instrumentos como convenções, leis uniformes, leis modelos (que podem inspirar o Estado que esteja a elaborar regras nacionais sobre determinado assunto), ou outros instrumentos, conferindo aos contratantes a primordial segurança jurídica para o desenvolvimento dos negócios.

⁶Dentre as suas principais cláusulas estão: a) Cláusula de eleição de foro, que visa minimizar e evitar os problemas que surgem acerca dos conflitos de leis, assegurando a aplicação de determinado direito ao contrato, inserindo-se na questão da autonomia da vontade, sendo a indicação das partes, via de regra, plenamente aceita, a não ser que se comprove não guardar qualquer relação com o contrato, ou que foi inserida em tentativa de fraude à lei, em violação à ordem pública; b) Cláusula compromissória e cláusula arbitral, que são negócios jurídicos que configuram a convenção de arbitragem internacional, sendo, o acordo pelo qual duas ou mais partes se comprometem a submeter seus litígios presentes e futuros a um ou a diversos árbitros, quando envolvam interesses referentes ao comércio internacional; c) Cláusula de moeda, nas quais as partes estabelecerão a moeda na qual deverão ser efetuados os pagamentos por parte do devedor. Com a inserção dessa cláusula, aplica-se a *lex loci solutionis*, ou seja, a liquidação das obrigações será feita na moeda do local do pagamento; d) Cláusula de idioma. Muitas vezes, o idioma do contrato é único, mas uma das partes poderá solicitar à outra que lhe forneça uma cópia em sua língua materna; e) Cláusula de confidencialidade, que visa assegurar a proteção à propriedade imaterial (como marcas, patentes, *know-how*, sinais gráficos), devendo-se ser assegurada a proteção da propriedade imaterial, mas não apenas desta, também a da propriedade intelectual (como a proteção dos autores ou criadores desta propriedade), delimitando-se o sigilo em razão da matéria (o objeto do sigilo), e em razão da pessoa, às quais se aplica a proibição de divulgar as informações e b) que podem receber informações; f) Cláusulas referentes ao risco do contrato, que são as garantias oferecidas em caso de inadimplemento; f.1) Cláusula de força maior, que seriam a possibilidade de liberação da responsabilidade cível, pela ocorrência de eventos imprevisíveis e inevitáveis, como, por exemplo, as catástrofes naturais; f.2) Cláusula de *hardship*. Estas visam considerar os efeitos danosos de mudanças ocorridas no ambiente institucional, político, comercial ou legal dos contratos. As circunstâncias de *hardship* implicam que a execução do contrato converte-se em excessivamente onerosa ou mesmo desprovida de utilidade, para uma ou para ambas as partes. Contudo, ainda assim, seria possível prosseguir e executar o contrato, mesmo que em patamar mais econômico do que o original.

⁷Cf. FONTAINE, Michel. *Droit des Contrats Internationaux – Analyse et Rédaction des Clauses*, Paris, Forum Européen de la Communication – FEC, 1989, 365 páginas; e *Droit et Vies des Affaires*, realizado em Bruxelas, entre 11 e 12 de março de 2005, que resultou o livro *Les Grandes Clauses des Contrats Internationaux*, publicado em Paris e em Bruxelas pelo *Forum Européen de la Communication* (FEC) em colaboração com a Editora Bruylant, em 2005.

subsidiário da Assembleia Geral da ONU que visa a harmonização e a unificação do Direito do Comércio Internacional. Ela reúne-se, alternadamente, uma vez por ano, em Nova York e em Viena, e com seu mandato, visa persistir na harmonização e na unificação do Direito do Comércio Internacional. Para isso, foi elaborada uma extensa série de convenções internacionais, leis-modelo e outros instrumentos relacionados ao Direito material que disciplina as transações comerciais e outros tópicos do Direito Empresarial que causam efeitos sobre o comércio internacional (UNCITRAL, 2018).

Diferentemente da UNCITRAL, o método principal de uniformização do direito contratual internacional utilizado pela UNIDROIT tem sido a tradicional forma de convenções internacionais multilaterais⁸ (GAMA JR, 2006). Diante das naturais dificuldades de reunir um número razoável de Estados dispostos a implementar suas convenções, que vão desde tradições jurídicas divergentes, até a morosidade do processo de assinatura e ratificação por cada Estado, a UNIDROIT canalizou seus esforços para formas alternativas de unificação jurídica, particularmente nas áreas em que o instrumento vinculante parece não ser essencial⁹ (GAMA JR, 2006).

A UNIDROIT é uma organização internacional que visa a unificação do direito privado. Ela elabora princípios e recomendações aplicáveis aos contratos comerciais internacionais, inclusive os trabalhos dela já serviram de base para uma dezena de convenções internacionais, como a *Convenção da ONU sobre Compra e Venda de Mercadorias* (Viena, 1980) (BONELL, 2009)

A autoridade normativa dos Princípios do UNIDROIT deve-se, entre outras razões, à qualidade acadêmica e profissional dos seus redatores, que representam todas as tradições jurídicas contemporâneas, e, especialmente, à sua crescente utilização em contratos, litígios judiciais de caráter internacional e arbitragens (GAMA JR, 2006).

Após essas considerações preliminares, no tópico subsequente procuraremos oferecer uma definição de contrato internacional.

⁸Tais convenções constituem instrumentos legislativos vinculantes, de origem internacional, e necessitam de incorporação formal no ordenamento interno de cada Estado signatário para entrar em vigor.

⁹Exatamente pelas vantagens de suas criações e pela crescente utilização das formas alternativas para a unificação jurídica, tanto nos contratos, como também para a solução de controvérsias judiciais e arbitrais de caráter internacional, vem ocorrendo, por conseguinte, um caloroso debate sobre a utilização de instrumentos de *Soft Law* no direito internacional privado.

2. CARACTERIZAÇÃO DE UM CONTRATO INTERNACIONAL

A doutrina tem conferido esforços visando à conceituação de contrato internacional, em virtude de sua importância para o comércio exterior. Com grande esforço, busca-se uma definição, sem que se tenha conseguido chegar a uma formulação única e aceitável pela totalidade dos juristas (CRETELLA NETO, 2016).

Para a definição de contratos internacionais, temos que entender primeiramente quatro critérios, o *empírico*, o *doutrinário*, o *convencional* e o *eclético*, enumerados por Luis Olavo Baptista, que sintetizam o tratamento jurídico francês da questão.

O critério empírico nos impõe a imaginar algumas situações. Por exemplo, se um cidadão alemão (domiciliado no Brasil) vende a um cidadão brasileiro um veículo situado e matriculado no Brasil e paga a aquisição em euro, há um elemento de internacionalidade, porque o comprador é italiano. Aqui o contrato seria regido pela lei brasileira e a venda será considerada como de direito interno, pois os pontos do contato (ou elementos de conexão) com o sistema jurídico brasileiro predominariam (BAPTISTA, 1992).

Imaginemos que o cidadão alemão estivesse na Alemanha e o veículo fosse exportado para lá. Poderíamos vislumbrar, pelo menos, dois sistemas jurídicos entre o comprador e o vendedor. Os elementos internacionais da operação teriam maior peso, entretanto poderiam surgir questionamentos advindos deles. Havendo um vício oculto, qual seria a lei que determinaria o prazo de prescrição para a eventual reclamação, e qual lei seria a estabelecida para regular a eventual indenização? (BAPTISTA, 1992).

Pode ser que toda a operação descrita tenha sido financiada por um Banco Norte-Americano e ainda haja a exportação do carro. Além do mais, o contrato de venda poderia celebrar-se em Nova York e o pagamento faz-se daqui para uma filial nas Ilhas Cayman, porém, em francos suíços. Nesses exemplos os fatos encontram-se em tantos direitos diferentes que o contrato só pode ser classificado como internacional (BAPTISTA, 1992).

As indagações acima e cada um dos exemplos demonstram que nem a nacionalidade, nem a situação do objeto, ou o local da celebração do contrato, oferecem uma resposta em qualquer hipótese.

Por isso houve a criação e o aperfeiçoamento do critério doutrinário de Eck¹⁰ e Rabinovitch¹¹, que entendem que são contratos internacionais os celebrados entre: a) um residente de um Estado e um não residente; b) dois residentes do Estado que possuem uma relação contratual com um objeto situado no exterior; c) dois não residentes do Estado com relação a um objeto situado no interior daquele Estado (CRETELLA NETO, 2016).

Nesse critério temos duas vertentes, a *econômica* e a *jurídica*, ambas com origem na jurisprudência francesa. A adoção delas foi decorrente da insuficiência da mera existência de elementos de conexão nos contratos, para poder afirmar, com certeza, que determinado contrato é internacional (BAPTISTA, 1992).

A vertente doutrinária *econômica* foi estabelecida a partir das razões formuladas pelo procurador MATTER, colocando em especial destaque os interesses e as características do comércio internacional, conforme deduz-se do caso *Pélissier Du Besset*, decidido pela *Cour de Cassation Civile* francês em 17.05.1927 (BAPTISTA, 1992) (CRETELLA NETO, 2016).

No contrato em questão, um cidadão inglês havia locado imóvel pertencente a um francês, situado na cidade de Alger, na Argélia, então sob o domínio colonial da França, e, por isso, território submetido à lei francesa. As partes estipularam que o pagamento mensal do aluguel deveria ser realizado em Londres ou em Alger, à escolha do locatário, mas sempre em libras esterlinas (BAPTISTA, 1992).

A *Cour de Cassation* entendeu que se tratava de um pagamento por meio de circulação monetária interior, e não de um pagamento internacional, ou seja, um crédito com circulação internacional. Nela, restou consagrada a doutrina de que para que um crédito fique caracterizado como circulação internacional, deve preencher duas condições: a) a introdução de um valor ou de uma mercadoria no país, e b) a exportação, a partir

¹⁰ ECK, Jean-Pie. *Place Actuelle de la Théorie Du Paiement International dans Le Droit Monétaire Français*, Revue Critique de Droit International Privé, vol. 53, 1964, pp. 440-454.

¹¹ RABINOVITCH, Leon Anselme, *France: Monetary Clauses in International Contracts*, 5 *The American Journal of Comparative Law* 1956, 504.

desse país e de um valor destinado a pagar o preço, dependendo também de uma convenção para ter caráter internacional (CRETELLA NETO, 2016).

Na vertente doutrinária *jurídica*, ecoaram os ensinamentos de LOUSSOUARN & BREDIN¹² (LOUSSOUARN & BREDIN apud BAPTISTA, 1992, p. 26) :

Parece que deve ser havido por internacional, no que permite a aplicação da lei escolhida pelas partes, um contrato que tem liames com diversos sistemas jurídicos, ou o que vem a dar no mesmo, um contrato cujos elementos de conexão não se situam no mesmo sistema jurídico”.

Essa posição doutrinária encontrou abrigo na jurisprudência, por exemplo, na França, como o “*arrêt HETCH*”¹³, e o “*arrêt Distillerie de Phénix*”¹⁴ (BAPTISTA, 1992). Houve quem criticasse o critério doutrinário, como B. GOLDMAN, nos seus comentários ao “*arrêt HETCH*”, acima citado, porque nem sempre haveria interesse em escolher entre o critério exclusivamente jurídico e o critério econômico do contrato internacional (BAPTISTA, 1992).

Já a posição doutrinária jurídica encontrou abrigo nos ensinamentos de Rabinovitch, que termina por reconhecer que o traço fundamental da internacionalidade dos contratos reside, em última análise, em um elemento econômico que é reflexo no balanço do pagamento do país (CRETELLA NETO, 2016). No mesmo diapasão, Henri Battifol¹⁵ afirmou que um contrato é internacional quando “por meio de atos relativos à sua conclusão, ou sua execução, ou à situação das partes, quanto à nacionalidade ou domicílio, ou à localização do objeto, tem liames com mais de um sistema jurídico (CRETELLA NETO, 2016).

¹²Yvon LOUSSOUARN & Jean Denis BREDIN, *Droit du Commerce International*, Paris, Dalloz, 1969, p. 594, n° 511.

¹³Paris, 19 de junho 1970, JOURNAL DU DROIT INTERNATINAL (CLUNET) 1971 p. 833, *note Oppetit*; JCP 1971, II-16927, *note Goldman, Arret de rejet, Cass. Iére. Civ. 4 de julho de 1972, n° 70-14163, R.T.D. Com. 1973-4199, Nota Loussouarn; REVUE CRITIQUE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ. 1974-82, Nota Oppetit).*

¹⁴Cass. Iére, Civ. 23 de abril, 1969, n° 65-14.185, D. 1969-341, Concl. BLONDEAU; J.C.P. 1969-II-1597, Concl. BLONDEAU; REVUE CRITIQUE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ 1969-721, nota SCHAEFFER.

¹⁵BATIFFOL, Henri. *Contrats et Conventions*, in: Répertoire Dalloz de Droit International Privé, n° 9, apud Baptista, Luiz Olavo. *Dos Contratos Internacionais*, cit. p. 17.

A deficiência dos critérios doutrinários, fez com que, pela via legislativa, houvesse a procura do estabelecimento de um modo de classificar um contrato como internacional. E é, realmente, através de tratados ou de normas internas que isso vem ocorrendo (BAPTISTA, 1992). Como se viu, o caráter doutrinário da solução buscada é apenas aparente. Por isso, diversas convenções internacionais tentaram criar critérios firmes e seguros para a determinação da internacionalidade dos contratos (BAPTISTA, 1992).

No próximo critério, o convencional, as definições encontradas nas diversas convenções internacionais, envolvem o comércio internacional ou aspectos dessa atividade, tendo validade, entretanto, apenas ao campo de aplicação da convenção¹⁶ (BAPTISTA, 1992).

Para o estudo desse critério aprofundaremos na *Convenção das Nações Unidas sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias*¹⁷, (CISG, na sigla em Inglês, ou CVIM, na sigla em Francês), concluída em Viena, em 1980. Ela é considerada a mais espetacular conquista do esforço internacional de harmonização de normas do Direito Privado¹⁸, relativas ao contrato de compra e venda internacional, tendo sido ratificado por 84 países até dezembro de 2015, realizada em Viena, em 11.04.1988 e entrando em vigor em 01.01.1988 (FONTAINE, 2013).

¹⁶Pode-se depreender algumas importantes convenções sobre Contratos internacionais, como: a) Convenção sobre a Lei Aplicável à Compra e Venda Internacional de Coisas Móveis Corpóreas, concluída em Haia, em 15.06.1955, por ocasião da VIIª Sessão da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado; b) Convenção sobre a Lei Aplicável à Transferência da Propriedade em Caso de Venda de Caráter Internacional de Objetos Móveis Corpóreas, concluída na Haia, em 15.04.1958; c) Convenção sobre a Competência do foro Contratual em Caso de Venda de Caráter Internacional de Objetos Móveis Corpóreas, concluída a Haia, em 15.04.1958; d) Convenção da Haia de 01.07.1964, realizada por iniciativa do UNIDROIT, que estabeleceu uma Lei Uniforme sobre Compra e Venda de Mercadorias (LUVI) e uma Lei Uniforme sobre a formação dos Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (LUFVI); e) Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, concluída em Viena, em 11.04.1980; f) Convenção sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais, concluída em Roma, no âmbito da CEE, em 19.06.1980; Convenção Interamericana de Direito Internacional Privado sobre o Direito Aplicável aos Contratos Internacionais (CIDIP-V), concluída na Cidade do México, em 18.03.1994; g) Acordo de Alcance Parcial para a Facilitação do Transporte Multimodal de Mercadorias no Âmbito do MERCOSUL, de 30.12.1994, além da utilização dos Princípios do UNIDROIT dos Contratos Internacionais 2010, que podem ser convencionados entre as partes.

¹⁷A *Convention on the International Sale of Goods* é uma lei uniforme sobre trocas mercantis que reúne matérias como a formação dos contratos de compra e venda internacional e as obrigações das partes nesses contratos.

¹⁸Uma importante decisão, envolvendo a CISG e os princípios da UNIDROIT, foi a do Tribunal de Cassação da Bélgica, que é o principal tribunal de última instância desse país. Ela refere-se a um corajoso posicionamento, principalmente sobre a utilização do Artigo 79 da CISG, referindo-se também aos princípios da UNIDROIT.

O artigo 1º desta convenção, (CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE CONTRATOS DE COMPRA E VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS, 2018) dispõe que:

1. Esta Convenção aplica-se aos contratos de compra e venda de mercadorias entre partes que tenham seus estabelecimentos em Estados distintos: (a) quando tais Estados forem Estados Contratantes; ou (b) quando as regras de direito internacional privado levarem à aplicação da lei de um Estado Contratante. 2. Não será levado em consideração o fato de as partes terem seus estabelecimentos comerciais em Estados distintos, quando tal circunstância não resultar do contrato, das tratativas entre as partes ou de informações por elas prestadas antes ou no momento da conclusão do contrato. 3. Para a aplicação da presente Convenção não serão considerados a nacionalidade das partes nem o caráter civil ou comercial das partes ou do contrato (Artigo 1º).

Deve-se depreender que há um elemento formal que muitas vezes influi na identificação do contrato como internacional: sua redação e estilo e certas cláusulas típicas podem servir como elementos objetivos dessa qualidade (BAPTISTA, 1992). O critério eclético ou realista identifica a importância do elemento de estraneidade que determina o caráter internacional do contrato, tendo sido adotado pela doutrina em vista da insuficiência dos critérios anteriores e de soluções propostas mais satisfatórias com a realidade dos contratos internacionais (CRETELLA NETO, 2016)

É a importância do elemento de estraneidade que determina o caráter internacional do contrato. Por isso mesmo alguns são aceitos por internacionais *prima facie*, sem mais exame ou discussão; outros, são classificados como de direito interno, sem dúvidas, enquanto os demais ficam na zona cinzenta em que seus elementos que tem contato com determinado sistema jurídico estrangeiro devem ser apreciados por um Juiz (o brasileiro, por exemplo). O caráter internacional do contrato deve ser apurado face ao caso concreto, devendo ainda o juiz terá que resolver se o seu sistema jurídico deve ou não ver o seu âmbito de aplicação ampliado até atingir essa situação (BAPTISTA, 1992).

É essa a opinião de Irineu Strenger¹⁹, conforme interpreta-se de sua conceituação (BAPTISTA, 1992, apud STRENGER, 1992, p. 65):

São contratos internacionais todas as manifestações bi ou plurilaterais da vontade livre das partes, objetivando relações patrimoniais ou de serviços, cujos elementos sejam vinculantes de dois ou mais sistemas jurídicos extraterritoriais,

¹⁹ Cf. Contratos Internacionais do Comércio. 2ª ed. Ver. E aum. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992.

pela força do domicílio, nacionalidade, sede principal dos negócios, lugar do contrato, lugar da execução, ou qualquer circunstância que exprima um liame indicativo de direito aplicável.

A doutrina francesa apresenta definição que guarda notável semelhança com a anterior. Para Antoine Kassis, contrato internacional é aquele que (KASSIS, 1993, p. 53).

por meio de certos elementos (nacionalidade, domicílio das partes, local de conclusão, local de execução, localização de seu objeto) apresenta pontos de contrato, comportando vínculos com mais de um sistema jurídico internacional”.

Uma definição mais simples poderia ser a de que “um contrato é internacional desde que, não decorrendo do Direito das Gentes, apresente um elemento estrangeiro de certa importância” (MATTHIAS, 1991, p. 32).

Percebe-se que o que parece incontroverso é que um contrato é internacionalizado a partir da presença de elemento estrangeiro relevante, importando estabelecer com precisão a relevância desses “elementos de estraneidade” do contrato (CRETILLA NETO, 2016). Percebe-se que, mesmo com a adoção dos elementos de estraneidade, ainda não se estaria tecnicamente satisfeita a compreensão do problema de qual sistema jurídico realmente seria aplicado aos contratos internacionais do comércio, ainda mais os realizados com o Estado estrangeiro.

Após o exposto, conclui-se que para um contrato ser considerado internacional deve-se identificar alguns elementos de conexão, relacionados à lei interna dos Estados, Estes elementos acabam levando em consideração os elementos geográficos da Lei interna do país, como a *residência das partes*²⁰ que convencionam o contrato e *localização do objeto*²¹ contratado.

²⁰ O Direito Internacional Privado regula as relações entre os particulares. Este Direito refere-se às normas e princípios que se destinam a resolver os conflitos entre as Leis estrangeiras e nacionais, determinando qual delas é aplicável a um certo conflito de direitos, relativo aos estrangeiros. No caso do Brasil, estas regras localizam-se nos arts 7 a 19 da Lei de Introdução do Código Civil

Na LINBT, Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, o artigo 9º, § 1º e § 2º visa determinar a lei aplicável aos contratos internacionais, restando consagrado, através do critério jurídico, o elemento de conexão domicílio (*residência das partes*), deixando claro a regra geral do domicílio como o elemento predominante nos contratos internacionais. Portanto, o referido artigo admite a utilização do fundamento espacial geográfico para a determinação da Ordem Jurídica aplicável a um contrato internacional (BRASIL, 2018, LINDB, ART. 9º):

Art. 9 Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem (BRASIL, 2018, LINDB, ART. 9º).

§ 1º Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato (BRASIL, 2018, LINDB, ART. 9º, § 1º).

Todavia, elementos de conexão, factuais do contrato, como os geográficos, vinculados às partes e ao território, como o domicílio²², por exemplo, acabam por serem insuficientes para resolver o problema das antinomias entre as diversas leis nacionais que disciplinam o comércio internacional. A título de ilustração, mesmo que um cidadão alemão e outro, francês, residentes no exterior, firmem contrato de locação a respeito de imóvel situado no Brasil, pertencente ao primeiro, não haverá dúvidas que as respectivas nacionalidades em nada contribuirão para caracterizar o contrato como “internacional”, estando este contrato sujeito à observação da lei de locação brasileira.

Iremos agora evidenciar algumas dificuldades do fenômeno contratual no plano do comércio entre as nações e os investidores privados.

3. A CATEGORIA TRADICIONAL DA PROTEÇÃO DIPLOMÁTICA APLICADA AOS CONTRATOS INTERNACIONAIS DO COMÉRCIO COM O ESTADO

O período iniciado em 1945, ao final da 2ª Guerra Mundial, marcou a definitiva ingerência do Estado na Economia, não estando ele mais restrito a apenas ao tradicional papel político, mas também à atuação como *agente econômico*. O contrato, originalmente estruturado para reger relações entre indivíduos, com base no princípio da autonomia da vontade, passou a incluir, após esse período, também o Estado (CRETELLA NETO, 2016).

Jeremy Bentham, filósofo e jurista inglês, forjou o termo “*internacional*”. Ele visava demonstrar a diferença entre as transações a) de um Estado, realizadas com um indivíduo

§ 2º A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no *lugar* em que residir o proponente (BRASIL, 2018, LINDB, ART. 9º, § 2º).

No artigo 17 da LINDB: “As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes” (BRASIL, 2018, LINDB, ART.17).

²¹Caso *Lena Goldfilds*, vide rodapé 28.

²²O artigo 9º, combinado com o artigo 17 da lei supracitada, traz uma limitação à regra da aplicação do domicílio, pois as leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes (BRASIL, 2018, LINDB, ART. 17).

Percebe-se que pela interpretação literal do artigo 9º, pelo Direito brasileiro, as partes não teriam a “autonomia” para as partes instituírem “cláusula de escolha da lei aplicável”, visto que o local da constituição da obrigação é o do *domicílio*, o da residência do proponente.

(particular) nacional de outro Estado e b) entre transações de indivíduos de dois Estados (BENTHAM, 1823).

A primeira, por ser realizada entre particulares com o Estado, deveria ser disciplinada pela *lei nacional* daquele Estado” (BENTHAM, 1823). Percebe-se que esta palavra “internacional”, no sentido hoje empregado, cunhada por Bentham (1748 – 1832), não possui mais o mesmo significado, justamente porque temos diversas possibilidades de *sistemas* de aplicação às situações supracitadas.

A lei aplicável internacionalizou-se e passou a interessar cada vez menos se a ação relativa ao investimento estrangeiro era proposta pelo investidor privado ou por seu Estado de nacionalidade, sob o manto da proteção diplomática, porque havia a proteção diplomática em ambos os casos (SPIERMANN, 2005). Diferenciava-se a proteção assegurada ao investidor privado e ao Estado, porque, enquanto o investidor privado apresentava reclamação com base no Direito Internacional Privado, o Estado baseava sua reclamação na proteção assegurada pelo Direito Internacional Público (CRETELLA NETO, 2016).

Categorias tradicionais, como a da proteção diplomática, com argumentos fundados no Direito Internacional Público, desenvolveram-se como um dos primeiros campos do Direito Internacional²³. Nela os litígios são resolvidos pelo próprio Estado, por intermédio do Poder Judiciário, sendo relevante às obrigações impostas por tratados, pois visam conferir maior segurança jurídica aos litígios na solução de controvérsias internacionais (TRINDADE, 2013).

Assegurava-se o acesso à essa proteção através de iniciativas tomadas pelos Estados, pois seriam eles os encarregados a exercerem a proteção diplomática em relação a seus nacionais, relativas às questões relacionadas ao âmbito do Direito Internacional Público, inicialmente.

A proteção diplomática foi relevante às várias obrigações impostas por tratados, como demonstra-se no caso *La Grand*²⁴. Esse caso é um exemplo clássico de proteção diplomática,

²³ A proteção diplomática foi um dos primeiros campos do Direito Internacional Público a ser desenvolvido por meio de decisões judiciais, desenvolvendo-se por iniciativas tomadas por Estados que exerciam proteção diplomática em relação a seus nacionais (*home States*), quando se sentiam prejudicados por ações dos Estados-hospedeiros (*host States*).

²⁴ *La Grand (Germany v. United States). Judgment*. Disponível em: <http://www.icj-cij.org>. *International Court of Justice, June 27, 2001*.

pois consagra o Direito Internacional de proteção aos estrangeiros, que visava a utilização de padrões mínimos aos Estados em relação à proteção e ao tratamento justo e equitativo deles, bem como a não discriminação, a desapropriação de seus bens e a denegação de justiça (TRINDADE, 2013).

Mais tarde, esta proteção foi também assegurada ao Direito Internacional Privado. Atualmente assegura-se a proteção ao investidor privado ou a pessoa jurídica que se sinta prejudicada por ações dos Estados-hospedeiros. Mas, a solução de controvérsias para estes, por seguir a via diplomática, somente pode ser pleiteada perante os órgãos estatais de origem e, se estes não o desejarem, o que frequentemente ocorre, e o fazem por razões políticas, as controvérsias não poderiam ser solucionadas dessa forma (CRETELLA NETO, 2016).

Ela está sendo objeto de estudos pela Comissão de Direito Internacional. Desde sua 47^a Sessão, de 1995, foi adotada uma Minuta de Artigos (*Draft Articles*²⁵), em 24.05.2004, que ainda está em fase de estudos (INTERNATIONAL LAW COMMISSION, 2006).

Ainda defronta-se com uma outra questão, a possibilidade de admitir-se esta proteção, também originária, do Estado onde a empresa mantém a sua sede. Sem dúvida, a “cidadania” da empresa refere-se ao Estado que lhe confere personalidade jurídica, devendo ter com este uma vinculação, como o domicílio ou o centro principal de atividades, pois mesmo uma

The Vienna Convention on Consular Relations (Consular Relations Convention) provides that foreign nationals must be notified of their right to communicate with consular officials when they are detained by law enforcement officials in member states. In the case of two German nationals, Karl and Walter La Grand, the State of Arizona never informed them of their right to communicate with German consular officials, either when they were arrested and charged with capital murder or when they were later sentenced to death. Following the execution of Karl La Grand on February 24, 1999, Germany filed actions in the International Court of Justice (ICJ) and the U.S. Supreme Court seeking to prevent the impending execution of Walter LaGrand. On March 3, 1999, the ICJ issued a provisional measures order indicating that the United States should take all measures at its disposal to ensure that, pending a final decision in the proceedings, Walter LaGrand was not executed. On that same day, the U.S. Supreme Court refused to exercise its original jurisdiction in an action brought by the German government against the United States and the governor of Arizona alleging violations of the Consular Relations Convention.³ Walter La Grand was executed later that evening. Two years later, on June 27, 2001, the ICJ issued its judgment on the merits in Germany's action against the United States.

The ICJ held, inter alia, that the United States had breached its obligations to Germany and to the La Grand brothers under Article 36 of the Consular Relations Convention. The Court also found that the earlier provisional measures order established a binding obligation, which the United States had also breached. Finally, the ICJ indicated that in future cases the United States must, by means of its own choosing, allow the review and reconsideration of convictions entailing severe sentences for German nationals deprived of their rights under the Consular Relations Convention (ACEVES, 2018, ps. 210 e 211 – grifos nossos).

²⁵*Diplomatic Protection: Titles and Texts of the Draft Articles adopted by the Drafting Committee on first reading, 24 May 2004, UN Doc. A/CN.4/L.647. No Special Rapporteur, Christopher John Robert Dugard, apresentou cinco relatórios, entre a 52^a Sessão e a 56^a Sessão.*

Em relação à proteção concedida a pessoas jurídicas, essa Minuta de Artigos devota quatro dispositivos específicos, como os do capítulo III (Legal Persons) (INTERNATIONAL LAW COMMISSION, 2006).

pessoa natural somente pode alegar ser cidadã de um Estado se existir um vínculo genuíno entre ela e o Estado²⁶(CRETELLA NETO, 2016). Percebe-se que a empresa tem a proteção diplomática do país que lhe concedeu a personalidade jurídica e que possua vinculação, como o domicílio, ou seja, a sede do país que seja o centro principal das suas atividades.

A concessão da nacionalidade de uma empresa pertence ao chamado “domínio reservado aos Estados”, da mesma forma que em relação às pessoas físicas, como afirmou a Corte Internacional de Justiça no caso *Barcelona Traction* (CRETELLA NETO, 2016, p. 128):

O Direito Internacional deve reconhecer a entidade corporativa como uma instituição criada por Estados em um domínio essencialmente interno e que, sempre que são suscitadas questões jurídicas quanto aos direitos dos Estados, em relação ao tratamento de empresas e acionistas, em relação aos quais o Direito Internacional não estabeleceu normas próprias, deve referir-se às normas relevantes de Direito interno.

Embora o Direito Internacional não disponha de normas próprias para a criação, a administração ou a dissolução de uma empresa, ou mesmo sobre o direito dos acionistas e suas relações com a corporação, cabe a ele estabelecer as circunstâncias nas quais um Estado poderá exercer a proteção diplomática em favor de uma empresa ou de seus acionistas. (CRETELLA NETO, 2016).

Verifica-se que atualmente a proteção diplomática ainda é muito utilizada pelas empresas, admitindo-se a proteção originária do país que lhe concedeu personalidade jurídica, ou seja, onde a empresa possui seu domicílio, sendo aquela também admitida também aonde a empresa mantém a sua sede, podendo também alegar ser cidadã.

No caso *Lena Goldfields*²⁷, a Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI), consagrou esse entendimento utilizando-se da mesma linha de raciocínio empregada nas

²⁶Caso *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, decisão de 05.02.1970, ICJ Reports, 1955. Decisão da Corte Internacional de Justiça, sobre o caso *Barcelona Traction Light and Power Co., Ltd.* (Bélgica v. Espanha). Note-se que o Canadá concedeu personalidade à empresa, onde fora incorporada mais de 50 anos atrás, mas estava domiciliada na Espanha e possuía um *genuine link* com esse Estado. Os acionistas, belgas, pediram proteção à Bélgica. A CIJ, contudo, entendeu que a Bélgica não tinha *jus standi*, no caso (ICJ Reports 1970, p. 50, § 101) e o caso não foi julgado quanto ao mérito.

²⁷*Lena Goldfield Arbitration*, 5 *Annual Digest* 3, 1930, p. 3. O caso começou em 12.02.1930 quando uma empresa inglesa em péssima situação financeira iniciou procedimento arbitral contra um Estado estrangeiro hostil, com base numa cláusula arbitral *ad hoc*, incluída em um contrato de concessão firmado por ambas as partes em 1925.

decisões anteriores, *Caso dos Empréstimos Sérvios e Caso dos Empréstimos brasileiros*. A CPJI aceitou, sem discussão a alegação da Reclamante, a União Soviética, de que suas leis regulariam “todas as matérias internas da URSS” e que, “para outros propósitos, os princípios gerais do Direito tais como os reconhecidos pelo Artigo 38 do Estatuto da CPJI [...] deveriam ser entendidos como a “lei aplicável ao contrato” (CRETELLA NETO, 2016, p. 132).

Constata-se na jurisprudência de sentenças internacionais, iniciado no julgamento desse caso supracitado, por exemplo, que a CPJI veio a sinalizar que a lei interna do Estado Reclamante seria a lei aplicável ao contrato, e que os princípios gerais do Direito seriam aplicados a outras matérias, subsidiariamente.

Em continuidade, veremos que houve a transcendência das categorias tradicionais pela arbitragem, fato este decorrente da acentuada expansão do internacionalismo no século XX.

4. A CONSAGRAÇÃO DA ARBITRAGEM COMO UM MÉTODO EXTRAJUDICIAL DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

A arbitragem é antiga. Ela teve seu surgimento como um caráter religioso, tanto no antigo Egito quanto na Grécia²⁸, sendo tal prática muito anterior à atividade judicial, estando relacionada à resolução de disputas ligadas às atividades profissionais e comerciais (KULESZA, TRIPODI, 2013).

O contrato tinha por escopo uma concessão para explorar minas de ouro e outras propriedades operadas por subsidiárias russas de empresas britânicas antes da Revolução de Outubro de 1917, até que foram nacionalizadas pelo governo soviético em 1918. Em maio de 1930, a União Soviética retirou-se abruptamente do procedimento arbitral, abandonando tanto a sua defesa quanto os pedidos contrapostos apresentados, bem como instruindo o árbitro por ela indicado a não continuar a tomar parte no procedimento.

Em 02.09.1930, a empresa britânica obteve sentença favorável, assinada em Londres por somente dois árbitros, e que lhe concedeu expressiva soma em dinheiro. (fonte: www.journal.cambridge.org/action/displayAbstract?jsessionid=EDD60C3269BAEDDC16D5B9279BE4478E.tomcat1?fromPage=online&aid-1530148).

O caso foi descrito por Arthur Nussbaum, *The Arbitration between the Lena Goldfields, Ltd. And The Soviet Government*, 36 Cornell Law Quarterly, 1950-51, pp.31-53.

²⁸Na Grécia antiga, a arbitragem era vista como meio pacífico de solução de controvérsias no plano internacional. Esparta foi árbitra entre Atenas e Megara no tocante à posse de Salamis; Periandro foi árbitro entre Atenas e Mitilene e Temístocles, entre Corinto e Corcira, dentre outros inúmeros exemplos (KULESZA, TRIPODI, 2013).

Apesar de ser antiga, a Idade Média²⁹ não foi um período propício à continuação do desenvolvimento da arbitragem (BAPTISTA, 2011). Com a consolidação dos Estados nacionais, ocorreu um aumento da prestação jurisdicional, o qual se intensificou a partir das codificações napoleônicas. Não obstante, esse período também foi marcado pela intensificação das trocas comerciais dos Estados europeus entre si e com as terras recém descobertas, constituindo um período vantajoso para o desenvolvimento da arbitragem no plano internacional³⁰ (KULESZA, TRIPODI, 2013).

No período contemporâneo, a arbitragem experimentou um período de estagnação, mas após o término da 1ª Guerra Mundial houve a criação de Tribunais Arbitrais Mistos (criados pelos Tratados de Paz) (CRETELLA NETO, 2016). A partir da criação deles foi consagrada a arbitragem como um método para a solução de controvérsias, assumindo a função de promover o desenvolvimento econômico (KULESZA, TRIPODI, 2013).

Isso nos remete às questões das práticas de mitigação de riscos não comerciais e a utilização da *Lex mercatoria*, utilizadas como um sistema jurídico autônomo, bem como a defesa da corrente de desnacionalização para a solução de controvérsias. É importante entender que as sociedades civis ainda relutam em aceitar que entidades transnacionais sejam equiparadas a “seus” Estados e que, eventualmente, sejam declaradas vencedoras em determinado litígio comercial. Por isso que, exatamente por haver a primitiva abordagem que entendia que o Estado não podia sujeitar-se à proteção diplomática, surgiu um novo modelo de solução de controvérsias, a arbitragem (CRETELLA NETO, 2016).

O *International Centre for the Settlement of Investment Disputes* – ICSID ou CIRDI, Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos, em português, criado por meio da Convenção do Banco Mundial, em 1965³¹, sediado em Washington, é hoje

²⁹ A arbitragem, na Idade Média, ainda representava uma forma de escapar à justiça ordinária dos senhores feudais. Nessa época, o instituto esteve ligado à afirmação de independência das cidades mercantis, ao sigilo das controvérsias e à fuga à interferência do clero e ao direito canônico (BAPTISTA, 2011).

³⁰ Após a Paz de Westfália (1648), os Estados passaram a legislar sobre a arbitragem. Os primeiros marcos normativos criados na história da regulamentação estatal da arbitragem privada são o edito francês de Francisco II (1560), que tornou a arbitragem compulsória para todos os mercadores na resolução de disputas oriundas de sua atividade comercial, e o *Arbitration Act* inglês de 1698 (KULESZA, TRIPODI, 2013).

³¹ A Convenção para a Solução de Litígios Relativos a Investimentos, (*World Bank Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*) formulada pelos Diretores Executivos do Banco Mundial, por eles submetida aos Estados-Membros do Banco para a assinatura e ratificação em 18.03.1965, entrou em vigor internacionalmente em 14.10.1966 (CRETELLA NETO, 2012).

Até 31.12.2015, 160 Estados haviam subscrito a Convenção dos quais 152 já haviam depositado o instrumento de retificação, mas não o Brasil (fonte:

mundialmente reconhecido como o melhor centro de arbitragem internacional para solucionar controvérsias sobre investimentos estrangeiros (FONTAINE, 2013).

Em maio de 2016, o ICSID detinha o consentimento de 153 Estados-membros para assegurar a execução e o cumprimento de sentenças arbitrais (ou laudos) (CRETELLA NETO, 2016).

O ICSID veio a acolher a demanda da necessidade de uma abordagem “vertical”. Nessa abordagem fica consagrado que, sempre que houver uma lacuna no Direito nacional, ou existir uma divergência entre ambos, o Direito Internacional será invocado³² (CRETELLA NETO, 2016).

Importante ressaltar que o artigo 27 da Convenção do ICSID impõe, por exemplo, ao Estado de origem, que renuncie ao seu direito de exercer a proteção diplomática. Ela só não será renunciada a menos que o Estado-hospedeiro “deixe de se submeter ao laudo arbitral proferido acerca do litígio e se recuse a cumpri-lo” (CRETELLA NETO, 2016).

Consoante o artigo 42.1, também da Convenção do ICSID, dispõe-se, com efeito, que:

O Tribunal decidirá um litígio de acordo com as normas jurídicas acordadas pelas partes. Na falta desse acordo, o Tribunal aplicará o Direito do Estado Contratante que for parte no litígio (incluindo suas normas de conflito de leis) e as normas de direito internacional que forem aplicáveis.

Percebe-se que consoante o artigo 42.1 da Convenção do ICSID, as normas jurídicas acordadas pelas partes serão as utilizadas para decidir o litígio. Em caso de omissão do acordo, serão as normas do Estado Contratante que for parte no litígio e as normas de direito internacional que forem aplicáveis. Deve-se interpretar “normas de direito internacional que forem aplicáveis” como “convenções internacionais formalmente incorporadas ao ordenamento jurídico interno do Estado que as ratificou”.

Para que a arbitragem internacional seja eficaz e cumpra com seus objetivos, ela necessita ser devidamente reconhecida e recepcionada pelos sistemas jurídicos estatais, os

www.icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&reactionVal=ContractingStates&ReqFrom=Main).

³² BROCHES, Aron. *The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*. Recueil des Cours de l'ADI, vol. 136, 1972-II, pp. 331-410.

únicos capazes de conferir execução coercitiva às decisões dos árbitros. Do contrário, a arbitragem não passará de atividade privada, sem o respaldo da esfera pública (e, conseqüentemente, sem a necessária vinculação (KULESZA, TRIPODI, 2013).

Deve ser destacado que há também a tendência das mais recentes sentenças arbitrais em reconhecer que uma a lei nacional pode ser aplicada a contratos com o Estado, exceto se ela for contrária às normas do Direito Internacional (PUCCI, 2012). Em outras palavras, a lei nacional deve ajustar-se ao Direito Internacional. Isso demonstra ser uma evolução, porque apesar de nos contratos com Estado poder-se aplicar a lei nacional daquele Estado, ela sempre deverá ser interpretada de forma ampliada, isto é, levando-se em consideração os princípios gerais do Direito Internacional.

A Câmara de Comércio Internacional de Paris (CCI), outro importante centro de arbitragem, atua de forma marcante porque promove a criação de modelos de contratos-padrão e de normas modelo, tais como as *International Rules for Interpretation of Trade Terms, INCOTERMS*³³.

Segundo afirma Hermes Marcelo Huck (HUCK, 1994 p. 105):

Goldman, o mais notável precursor da *Lex mercatoria* entende-a como um conjunto de princípios gerais e de regras costumeiras aplicadas espontaneamente ou elaboradas para o comércio internacional, sem se referir a um específico sistema de direito nacional”.

Ainda referente ao tema da *Lex mercatoria*, é importante salientar que temos uma corrente de desnacionalização, minoritária, que dispõe que as partes devem afastar qualquer direito nacional da intervenção nas arbitragens. Para os adeptos, deverá a *Lex mercatoria* ser um sistema de direito independente dos sistemas nacionais (PUCCI, 2011). Adentrando-se mais a fundo sobre a discussão da sua existência ou não daquela, e as suas implicações na controvérsia submetida à arbitragem internacional, percebemos que apesar da discordância da corrente minoritária, observa-se a tendência atual nas arbitragens em favor da consideração,

³³As *INCOTERMS* são um dos exemplos da Nova *Lex mercatoria*. Elas são amplamente aceitas pelo comércio internacional e servem à finalidade de evitar a resolução de conflitos por meio do Poder Judiciário, recorrendo no surgimento de litígios, à mediação e à arbitragem.

pelos árbitros, da atuação de um sistema jurídico autônomo dos usos do comércio internacional (PUCCI, 2011).

Percebe-se que as principais fontes de investimentos, encorajadas pelo fluxo internacional de investimentos, necessitam de mitigação de riscos não-comerciais. Há a necessidade da mitigação desses riscos, principalmente porque os países atraem capitais estrangeiros para financiar projetos de desenvolvimento econômico,³⁴ por intermédio de empresas transnacionais ou investidores privados estrangeiros (CRETELLA NETO, 2016).

Pode-se notar, na prática, que se retomou a intensificação da arbitragem, formalizada por meio de convenção de arbitragem, como meio de dirimir as controvérsias³⁵. E isso é evidenciado inclusive no último acordo internacional de arbitragem, o *Acordo sobre arbitragem Comercial Internacional*, firmado em Buenos Aires, em 1998, em que admitiu-se que já não existem empecilhos para a realização de arbitragem entre particulares dos Estados-Partes nem dificuldades para o cumprimento de sentenças arbitrais e do processo de execução em caso de não cumprimento pela parte vencedora (CRETELLA NETO, 2016).

³⁴Os conflitos oriundos de contratos entre Estados-hospedeiros e o investidor ou investidores privados, refletem nos contratos de desenvolvimento, realizados por países menos desenvolvidos. Por isso, demonstra a necessidade da análise dos contratos com os Estados, justamente porque possuem relações intrínsecas com o Direito e Desenvolvimento.

³⁵No tocante à arbitragem internacional, o Estado brasileiro utiliza-se da Lei das Parcerias Público-Privadas, Lei 11.079 de 30.12.2004. Na lei são estabelecidas as normas de contratação por meio de parceria público-privada, PPP's e a possibilidade de resolução de controvérsias oriundas de contratos internacionais, por meio da arbitragem.

A lei de arbitragem brasileira deixa claro que a arbitragem pode ser realizada, mas obrigatoriamente deverá ser realizada no Brasil. Outrossim, ela obriga ao emprego da língua portuguesa, podendo a Administração Pública ser parte, estando adstrita ao princípio da publicidade de seus atos. Entretanto, poderão as partes terem acesso à observância do sigilo, dependendo do litígio. Por fim, a lei brasileira estipula o prazo de 6 meses, caso as partes não estipulem outro prazo, para a solução de eventuais controvérsias (BRASIL, LEI 11.079/2004, 2018).

Outrossim, esta lei não trata da possibilidade de arbitragem entre o Estado do Brasil com empresa estrangeira. No tocante à atuação do Estado brasileiro na exploração direta de atividade econômica, vale a pena mencionar o *caput do* artigo 173 da CF, que demonstra que o Estado brasileiro encontra limitações à participação na exploração direta de atividade econômica (BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, ART. 173, grifos nossos): “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”.

Apesar do Direito Internacional Privado ser internacional e regular relações entre empresas internacionais, cada Estado possui suas regras e leis nacionais de Direito Internacional Privado. Percebe-se que o Direito Internacional Privado, afinal, não demonstra-se tão “internacional”, sendo também um Direito de cada Estado nacional. A aplicação de seus princípios e normas ocorrem no tocante à interpretação da lei aplicável pelo juiz do Tribunal respectivo de cada país. No caso do Brasil, como a regra é a do lugar da residência do proponente, o juiz, caso necessite julgar controvérsias relativas a um contrato internacional, utilizar-se-á da lei do Estado de residência deste proponente.

CONCLUSÃO

A tendência do Direito Internacional Privado é atenuar a linha, já tênue, entre a *hard law* e as formas alternativas na solução de controvérsias de *soft law* no Comércio internacional. Em razão da necessidade de cumprimento das obrigações e normas internacionais, e pela falta de unificação deste Direito, há a prevalência de alguns costumes e práticas internacionais, aceitas na *Lex mercatoria*, na compilação de certos usos, seguidos pelos agentes privados.

Deve-se admitir que, pela ocorrência de acentuada expansão do internacionalismo, destacou-se surgimento de tribunais arbitrais no século XX, relacionados aos litígios entre Estados e investidores estrangeiros, culminando-se na transcendência das categorias tradicionais de resolução de controvérsias.

Na época atual, ocorreu a superação da arbitragem como o método preterido para as soluções de controvérsias. Isto porque longos e desgastantes processos judiciais poderiam se arrastar por anos a fio, o que poderia prejudicar as boas relações comerciais entre as empresas, que são, via de regra, de relação continuada.

É evidente que a utilização da arbitragem beneficiaria os investidores privados dos Estados, mas será que os Estados também seriam beneficiados? Sim, porque para a realização de um procedimento arbitral também repercutiria bem menos negativamente do que a proteção diplomática.

Precisamos primeiramente atentar-nos que, para o Estado submeter-se às soluções de controvérsias, tanto na via diplomática quanto na arbitral, ele necessita primeiramente ter assinado e ratificado uma Convenção internacional. Deve-se haver a incorporação formal dessas convenções, tanto internacionais quanto regionais, ao ordenamento jurídico interno dos Estados membros.

Assim, o Estado, através do princípio da autonomia da vontade, encontra limitações claras em normas de ordem pública, estando condicionado à incorporação formal de tais Convenções, estando também restrito às suas próprias normas constitucionais, para, afinal, sujeitar-se às eventuais soluções de controvérsias pela via diplomática e pela via arbitral.

Demonstra-se aqui a necessidade da análise da solução de controvérsias dos contratos com os Estados, justamente porque eles possuem relações intrínsecas com o Direito e com o

desenvolvimento econômico daqueles. Assim, os conflitos oriundos destes contratos, entre Estados-hospedeiros e o investidor ou investidores privados, refletem principalmente nos países em desenvolvimento.

Como este contrato é julgado preferencialmente na arbitragem internacional, ele sujeitar-se-á às normas convencionadas. Exatamente por isso, muito questiona-se se os Estados continuariam absolutos, principalmente porque figura atuando como particular em uma relação contratual.

Apesar de o Estado atuar no Direito Internacional Privado como um particular, ele é absoluto, porque, reitera-se, ele deve obediência às normas internacionais convencionadas e às suas normas constitucionais.

Em seguida, seria necessário refletir que somente quando não houver cláusula de indicação da lei aplicável, valendo-se do *Pacta Sunt Servanda* e dos princípios da autonomia da vontade, e somente em caso de omissão desta, utilizar-se-á dos elementos de conexão do contrato, delimitando-se o elemento internacional predominante.

Os ordenamentos jurídicos tanto internos quanto internacionais ou, ambos, estipulados pelas cláusulas contratuais, mostram sua importância para que o juiz defina a sua lei aplicável.

Deve-se inferir que, na prática verificada nos julgamentos dos intérpretes dos Tribunais domésticos, a Lei Interna do país é a que costuma ser a utilizada para dirimir eventuais controvérsias aos Contratos internacionais.

Entretanto, pela doutrina e jurisprudência internacional, as cláusulas convencionadas e os elementos de conexão, respectivamente, seriam as regras utilizadas para a delimitação da ordem jurídica a um contrato de comércio internacional, mesmo que pactuado com o Estado.

Contudo, há divergências na prevalência das cláusulas convencionadas e dos elementos de conexão do contrato, tanto verificada na jurisprudência arbitral quanto na diplomática. Nas arbitrais, prevalecem as normas convencionadas através de cláusula arbitral. Em caso de omissão do contrato, haverá a utilização das normas do Estado Contratante que for parte no litígio (incluindo suas normas de conflito de leis) e também as normas de direito internacional que lhes forem aplicáveis, como resta claro ser esta a tendência, como confirma, por exemplo, o artigo 27 da Convenção do ICSID.

Isto ocorre porque, na arbitragem, consagra-se a importância da autonomia da vontade das partes, sendo tanto o Direito Privado quanto os contratos os seus pontos centrais abordados. Por outro lado, a orientação atinente às sentenças diplomáticas, é a da prevalência da utilização da lei interna do Estado Contratante. Aplica-se a lei interna do Estado que oferece a proteção diplomática, utilizando-se a sua situação geográfica, tanto da *execução do contrato*, quanto da *localização do objeto*, como resta-se claro no caso *Lena Goldfilds* da Corte Internacional de Justiça.

A proteção diplomática sofre maior influência da *lei interna* do Estado contratante do que a arbitragem, das normas do Direito Internacional Público e dos princípios jurídicos, costumes e práticas, relacionados ao art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, também dotados de força normativa, que são recorrentemente aplicadas a outras matérias correlacionadas ao contrato, mesmo que, na maioria das vezes, subsidiariamente.

REFERÊNCIAS

ACEVES, William J. LaGrand. *American Journal of International Law*, v. 96, n. 1, p. 210-218, 2002.

BAPTISTA, Luiz Olavo. *A vida dos contratos internacionais*. 1992. Tese de Doutorado apresentada ao Departamento de Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem Comercial e Internacional*. São Paulo: Lex Magister, 2011.

BAPTISTA, Luis Olavo. *Contratos internacionais*, Ed. Lex Magister: São Paulo, ISBN 978-85-7721-121-0, 2011.

BENTHAN, Jeremy. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, 2ª edição, Oxford, 1823.

BRASIL, LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO, acesso em 13.09.2018, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm .

BRASIL, LEI 11.079, DE 30 DE DEZEMBRO DE 2004. Acesso em 13.08.2018 disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm

- BONELL, Michael Joachim. *An international restatement of contract law: the UNIDROIT principles of international commercial contracts*. Martinus Nijhoff Publishers, 2009.
- CRETELLA NETTO, José. *Contratos Internacionais do Comércio*. 2ª edição, Editora Letz Total Media Creative Projects: São Paulo, ISBN 978-85-918168-2-8, 2016.
- CRETELLA NETTO, José. *Curso de Direito Internacional Econômico*. Editora Saraiva: São Paulo, ISBN 978-85-02-14887-1, 2012.
- FONTAINE, Marcel. *Hardship, Cismg and the Unidroit Principles: an Important Decision of the Belgian Cour de Cassation*. 2013.
- GAMA JR. Lauro. *Contratos Internacionais à luz dos Princípios do UNIDROIT 2004 Soft Law, Arbitragem e Jurisdição*, Editora Renovar: Rio de Janeiro, São Paulo, Recife, 2006.
- HUCK, Hermes Marcelo. *Contratos com o Estado*, Gráfica Editora Aquarela, 1989.
- HUCK, Hermes Marcelo. *Sentença Estrangeira e Lex Mercatoria*. Horizontes e Fronteiras do Comércio Internacional. São Paulo: Saraiva, 1994.
- INTERNATIONAL LAW COMMISSION et al. *Draft articles on Diplomatic Protection with commentaries*. 58th session, *Yearbook of the International Law Commission*, v. 2, 2006.
- KASSIS, Antoine. *Le nouveau Droit Européennes Contrats Internationaux*, Bruxelles, Ed. Bruylant, 1991.
- KULESKA, Gustavo Santos; TRIPODI, Leandro. *Arbitragem comercial; princípios, instituições e procedimentos; a prática no CAM-CCBC / organizadores Maristela Basso, Fabrício Bertini Pasquot Polido. Noções Gerais sobre a arbitragem comercial internacional*. – 1.ed. – São Paulo : Marcial Pons; São Paulo: CAM-CCBC – Centro de Arbitragem e Mediação/Câmara de Comércio Brasil-Canadá, 2013.
- MANIRUZZAMAN, Abul FM. *The lexmercatoria and international contracts: a challenge for international commercial arbitration*. *Am. U. Int'l L. Rev.*, v. 14, p. 657, 1998.
- MAZZUCATO, Mariana. *O Estado Empreendedor: desmascarando o mito do setor público vs. setor privado*. Portfolio-Penguin, 2014.
- PUCCI, Adriana Noemi. *Direito do Comércio Internacional Pragmática, Diversidade e inovação. Arbitragem comercial internacional – A lei aplicável*. 5ª reimp./Curitiba:Juruá, ISBN: 85-362-1085-0, 2011.
- SOARES, Guido Fernando Silva Soares. *Contratos internacionais de comércio: alguns aspectos normativos da compra e venda internacional. Contratos nominados: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- STRENGER, Irineu. *Arbitragem Comercial Internacional*, Ed. LTR, 1996, p. 109.

STRENGER, Irineu. *Contratos Internacionais do Comércio*; 4^a edição, Ed. LTR, 2003.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

UNCITRAL, United Nations Commission International Trade Law; acesso em 13.09.2018, disponível em: <www.uncitral.org/uncitral/en/about/origin_faq.html> .

UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, Commented edition, 2016.

Submetido em 05.10.2018

Aceito em 24.07.2019