

OS NEGÓCIOS EMPRESARIAIS E OS CONTRATOS INTERNACIONAIS DE COMÉRCIO

Maikon Cristiano Glasenapp¹

Sumário

1.Introdução 2.Negócios empresariais e os contratos de comércio internacional; 3. Conceito de contrato internacional de comércio; 4. Formação do contrato internacional; 4.1 da oferta e aceitação; 4.1.1 *da oferta ou proposta*; 4.1.2 *da aceitação*; 5. lausulas típicas nos contratos internacionais de comércio; 5.1. O problema da liberdade de clausular; 5.2. As clausulas de garantias; 5.3. Cláusulas de arbitragem; 5.4. Cláusulas de previsão de força maior e *hardship* 5.5. Cláusula de jurisdição; 6. Elementos de conexão do direito internacional privado brasileiro relativo às obrigações contratuais; 7.A lei e o foro de eleição em tema de contrato internacionais; Considerações finais; Referência bibliográficas.

Resumo

No comércio internacional, as negociações de compra e venda devem ser amparadas por um contrato, ao qual denominados na esfera internacional de Contrato Internacional de Comércio, onde deverão ser definidos os aspectos, os riscos, as garantias e as responsabilidades decorrentes da contratação. Este estudo procura expor os aspectos jurídicos dos contratos internacionais de comércio, como: cláusulas, do foro, a lei aplicável, assim como os seus efeitos, quais sejam, os decorrentes do seu cumprimento, bem como os da execução, que aqui se pretende de forma muito singela apresentar.

Palavras-chave: Negócios Empresariais – Contratos internacionais de comércio – Aspectos jurídicos – Cláusulas de garantias.

Resumen

En el comercio internacional, las negociaciones de la compra y del venda se deben apoyar por un contrato, cuál llamó en la esfera internacional del contrato del comercio internacional, donde los aspectos tendrán que ser definidos, los riesgos, las garantías y las responsabilidades decurrent del acto del contrato. Este estudio que busca para exhibir los aspectos legales de contratos internacionales del comercio, como: cláusulas, del foro, la ley aplicable, así como su efecto, cuáles son, los decurrent de su cumplimiento, así como las que está de la ejecución, ese aquí singela se piensa de forma muy para presentar.

¹ Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Jaraguá do Sul – UNERJ, Especialista em Direito Processual e Empresarial pelo Centro Universitário de Jaraguá do Sul – UNERJ. Mestrando em Ciência Jurídica, área de concentração Produção e aplicação do direito positivo, linha de pesquisa: Direito Internacional Meio Ambiente e Atividade Portuária. Disciplina de Contratos Internacionais de Comércio ministrada pelo Prof. Dr. Osvaldo de Agripino de Castro Júnior, e-mail: glasenapp@terra.com.br

Palabras-clave: Negocios de la empresa - contratos internacionales del comercio - aspectos legales - cláusulas de garantías

1. Introdução

No comércio internacional, as negociações de compra e venda devem ser amparadas por um contrato, ao qual denominados de Contrato Internacional de Comércio, onde deverão ser definidos os aspectos, os riscos, as garantias e responsabilidades por falta de execução.

Como prelúdio, não se pode deixar de dizer, que este estudo não tem a pretensão de esgotar o tema, vez que este têm gerado acirrados debates acerca das cláusulas do seu cumprimento, bem como os da execução, que aqui se pretende de forma muito singela apresentar.

Para tanto, este estudo apresenta-se em seis partes principais, sendo assim distribuídas: na primeira, considerações da relação entre os negócios empresariais e os contratos internacionais de comércio; na segunda e terceira parte apresentam-se conceitos de contrato internacional de comércio, bem como a sua formação; na quarta parte, apresentam-se as principais cláusulas que devem constar nos contratos internacionais de comércio; na quinta, realiza-se um pequeno estudo dos elementos de conexão do direito internacional privado brasileiro relativo às obrigações contratuais, e por último apresentam-se considerações quanto à lei e foro de eleição em tema de contratos internacionais.

2. Negócios empresariais e os contratos de comércio internacional

O comércio internacional vêm se desenvolvendo de uma forma muito rápida, atendendo dessa forma as exigências comerciais que a globalização econômica vem impondo ao mundo.

Com a globalização surge à idéia de um comércio mais livre, vez que as empresas começam a aparecer como sujeitos internacionais do comércio, tornando-se um dos principais atores no mundo moderno, por conseguinte, passam a ter mais autonomia no que diz respeito às relações comerciais.

Contudo, é preciso aclarar que, para que as relações comerciais ocorram com mais segurança, estas sejam amparadas por contratos internacionais de comércio, por serem estes um acordo de vontade capaz de gerar obrigações entre os contratantes.

Considerando tal conexão entre os negócios empresariais e os contratos internacionais de comércio, é necessário tecer algumas considerações sobre um dos assuntos mais discutidos atualmente, no que concerne aos negócios empresariais, ou seja, os aspectos jurídicos dos contratos internacionais de comércio, que passamos a desenvolver a seguir.

3. Conceito de contrato internacional de comércio

Antes de tudo, necessitamos para a “perfeita” análise da relação negócios empresariais e os contratos internacionais de comércio, de considerações no que diz respeito à conceituação dos chamados contratos internacionais de comércio, através de vários critérios estabelecidos pelos doutrinadores.

Para o direito civil nacional se diz que contrato é um acordo, ajuste, acerto de vontades tendente a criar, modificar ou extinguir relação obrigacional. Trata-se de relação entre duas ou mais pessoas, físicas ou jurídicas, que buscam objetivos comuns através da compra e venda ou da permuta, um querendo comprar e outro vender, ou ambos desejando trocar objetos ou serviços, para atender interesses recíprocos.

Quando os negócios ou contração ocorrem entre pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado domiciliados em nações diversas, ou seja, necessariamente extraterritorial, ainda que as partes tenham a mesma nacionalidade, ocorre o contrato internacional de comércio.

Em conformidade a este entendimento o eminente doutrinador José Luiz Siqueiros citado por Irineu Strenger² entende que:

² STRENGER, Irineu. **Contratos Internacionais do Comércio**. 4 ed. São Paulo: Ltr, 2003. p. 33

A contratação, isto é, o acordo bilateral pode produzir-se nos âmbitos interno e internacional. Quando os elementos constitutivos do contrato (partes, objeto, lugar onde se pactua a obrigação, lugar onde deverá surtir seus efeitos) se originam e se realizam dentro dos limites geográficos-políticos de um único país, estamos situados no âmbito interno das obrigações. Inversamente, quanto às partes contratantes tenham nacionalidades diversas ou domicílio em países distintos, quando a mercadoria ou o serviço objeto da obrigação seja entregue, ou seja, prestado além-fronteiras, ou quando os lugares da celebração e execução das obrigações contratuais tampouco coincidam, estaremos no âmbito dos contratos internacionais.

Neste sentido, Strenger³ chega à convicção de que os contratos internacionais de comércio estão diretamente vinculados a um ou mais sistemas jurídicos estrangeiros, além de outros fatores que são decorrentes da própria contratação como os “dados de estraneidade”, como o “domicílio”, a “nacionalidade” a *lex voluntatis*, a “localização da sede”, o “centro de principais atividades”, e até a “própria conceituação legal”. Portanto, “[...] o contrato internacional é consequência do intercâmbio entre Estados e pessoas, no sentido amplo, cujas características são diversificadoras dos mecanismos conhecidos e, usualmente, utilizados pelos comerciantes circunscritos a um único território e pelos transterritoriais.”⁴

4. Formação do contrato internacional

Para uma necessária e suficiente análise do contrato de comércio internacional, deve-se se desdobrar este estudo com o intuito de apresentar o que Basso⁵ enfatiza ser um dos temas mais importantes, quanto à temática dos contratos internacionais, que é o processo de formação:

O ciclo vital dos contratos internos e internacionais se perfaz mediante três fases fundamentais: a *formação* (geração), a *conclusão* (aperfeiçoamento) e a *execução* (consumação). Em cada uma delas, o ajuste de vontade adquire contornos particulares, e todas são

³ STRENGER, Irineu. **Contratos Internacionais do Comércio**. p. 34

⁴ STRENGER, Irineu. **Contratos Internacionais do Comércio**. p. 31

⁵ BASSO, Maristela. **Contratos Internacionais do Comércio. Negociação, Conclusão. Prática**. 3. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 17

indispensáveis à constituição, modificação e extinção dos vínculos jurídicos.⁶

Portanto, a fase de formação (geração) do contrato internacional de comércio apresenta-se como uma primeira manifestação de vontade das partes de contratar, ou seja, quando se deixa o plano da cogitação dos negócios para efetivamente entrar para a fase da existência do mesmo.

Em conformidade a este entendimento Strenger⁷, posiciona-se afirmando que: "A formação dos contratos internacionais do comércio deve ser considerada a etapa mais significativa de ajuste de vontades, pelas conseqüências jurídicas que gera e pela eficácia vinculativa dos entendimentos".

Strenger⁸ apresenta a seguinte definição para a formação do contrato:

Chama-se formação do contrato internacional de comércio todas as fases, a partir das tratativas iniciais, que têm por finalidade a colocação de pressupostos do objeto consensual, com força vinculativa, e eficácia jurídica, que prevalece para todos os efeitos posteriores, salvo revogação expressa das partes.

Na verdade, a processo de formação conduz ao caminho da conclusão do contrato de comércio internacional, contudo, esse processo de formação que "se entende como um conjunto de atos através dos quais pode surgir o consentimento contratual, o encontro das vontades que, declaradas, exteriorizadas, fazem nascer o contrato propriamente dito"⁹, ou seja, os atos praticados (tratativas) que são capazes de produzir conseqüências jurídicas, ocasionando assim possíveis prejuízos caso ocorra o rompimento de uma das partes contratantes.

Destacam-se então dois fatores importantes no que diz respeito à formação do contrato *in loco*, que são a: "manifestação das vontades das partes" e o

⁶ BASSO, Maristela. **Contratos Internacionais do Comércio. Negociação, Conclusão. Prática.** p. 17

⁷ STRENGER, Irineu. **Contratos Internacionais do Comércio.** p. 103

⁸ STRENGER, Irineu. **Contratos Internacionais do Comércio.** p. 106

⁹ BASSO, Maristela. **Contratos Internacionais do Comércio. Negociação, Conclusão. Prática.** p. 19

“princípio da autonomia da vontade”. Pelo primeiro, entende-se como sendo a manifestação convergente, receptícia entre as partes, que são capazes de constituírem direitos e obrigações que podem tornar-se pré-requisitos do negócio que estas desejam concluir. Pelo segundo, entende-se como um princípio de caráter fundamental, no que tange as especificidades das relações comerciais internacionais, que podem até mesmo gerar novas espécies de negócios pré-iniciais.

4.1 Da oferta e aceitação

Como dissemos no item anterior à formação do contrato apresenta-se como uma das fases primordiais para a conclusão dos negócios a ser realizado entre as partes contratantes, ou seja, a aproximação das partes realiza-se através de interesses comuns que poderão gerar um acordo de vontades o que denominamos em nível internacional de contrato internacional de comércio. Por conseguinte, é a partir da aproximação das partes que passar a existir as ofertas ou as propostas e a aceitação, que será o nascedouro do negócio jurídico bilateral (contrato) que é posterior aos considerados unilaterais de vontade (oferta ou proposta e aceitação).

4.1.1 Da oferta ou proposta

Conforme definição de Basso¹⁰ oferta ou proposta é “[...] uma declaração unilateral de vontade que uma pessoa dirige a outra, ou a outras, com quem pretende contratar.”

A oferta ou proposta segundo Basso¹¹ possui alguns caracteres essenciais quais sejam:

- a) “É uma declaração receptícia de vontade, dirigida à pessoa ou às pessoas com quem se pretende negociar”;
- b) “Deve conter os termos segundo os quais se pretende realizar o negócio, circuncrevendo-se neles os limites da vontade do proponente”

¹⁰ BASSO, Maristela. **Contratos Internacionais do Comércio**. p. 25

¹¹ BASSO, Maristela. **Contratos Internacionais do Comércio**. p. 25-26

c) "Deve ser inequívoca, precisa, completa e determinada, pois presume a vontade do proponente de se vincular pela aceitação da outra parte".

Entende-se que sem esses elementos essenciais, não há como haver um contrato, pois são através destes que se estabelece a determinação do objeto, o preço, a qualidade, a quantidade, a data e o lugar da entrega, as modalidades de pagamento, bem como, qual será a documentação indispensável para a formalização do negócio jurídico.

Ainda quanto à *forma* e a *duração* e os seus efeitos da oferta ou proposta. Pela primeira a oferta é livre, ou seja, não precisa obedecer a nenhuma forma determinada, ficando assim as partes livres para realizá-la da forma que melhor atendam aos seus interesses. Portanto, qualquer manifestação de vontade pode constituir uma oferta ou proposta, ou seja, esta manifestação pode ser *expressa*; *tácita* ou ainda *pelo silêncio*. Quanto à duração e os seus efeitos, a oferta tem um determinado período de duração, assim sendo, não podem os proponentes ambicionar se vincular a mesma para todo o sempre. Contudo, é preciso determinar a partir de que momento e até quanto está oferta poderá surtir seus efeitos. Para tanto, precisamos levar em consideração que: a) a oferta pode ser feita sem prazo determinado; b) a oferta pode ser feita com prazo determinado, expressa ou implicitamente. Quando a oferta é feita sem prazo determinado, entende-se que tanto o proponente como o aceitante estão frente a frente no momento da negociação, o que faz com que a resposta da oferta seja dada imediatamente, sob pena de deixar de ser obrigatória, inversamente, quando a oferta é feita com prazo determinado, ou seja, caso em que o proponente expressa ou implicitamente irá determinar qual o período que sua oferta poderá produzir efeitos, portanto, não resta dúvidas de que a proposta só será obrigatória somente dentro do prazo estipulado pelo proponente.

4.1.2 Da Aceitação

Sabemos que a oferta ou proposta apresenta-se como o primeiro passo para a formação do contrato internacional de comércio. Por conseguinte, a aceitação, apresenta-se assim como a oferta como um requisito essencial para a formação do contrato, ou seja, sem a aceitação não há como haver contrato.

Segundo Basso¹² a aceitação “[...] é o ato conclusivo da fase de formação do contrato, impondo-se como a declaração de vontade que completa – consagra – o negócio jurídico no qual ela se integra.”

Portanto, a figura da aceitação surge tão logo à oferta, proporcionado ao oblato os seguintes comportamentos:

- a) aceitar a oferta, com todas as condições apresentadas pelo ofertante;
- b) aceitar a oferta, modificando algum elemento que este considere essencial ser modificado;
- c) apresentar uma contraposta e,
- d) recusar a oferta.

A aceitação assim como a oferta, deve, sobretudo ser precisa e determinada, possibilitando ao oblato apresentar alguns dos comportamentos acima elencados, vez que é após a aceitação que irá se formar o contrato. Vemos assim que não haverá formação do contrato sem o consentimento do oblato, que deverá estar de acordo com os elementos essenciais do contrato proposto, para tanto o aceitante deve concordar com: a) os termos do contrato a ser concluído e, b) o modo de aceitação, previsto na oferta, se tal estipulação se fizer presente.

Quanto à forma de aceitação, a oferta deve ser clara, precisa, e determinada, podendo ser expressa ou tácita, desde que inequívoca, ou quando a lei estabelecer outras exigências. Contudo, deve o proponente determinar o modo pelo qual o oblato deverá realizar a aceitação, considerando assim a validade a aceitação a aquela resposta estabelecida.

Segundo Basso¹³ a aceitação:

¹² BASSO, Maristela. **Contratos Internacionais do Comércio**. p. 57

¹³ BASSO, Maristela. **Contratos Internacionais do Comércio**. p. 68

- a) será considerada válida, formando o contrato, quando for pura e simples, ou seja, concordar com os elementos essenciais propostos, tanto quanto ao regime legal, execução e garantias;
- b) não será válida, e conseqüentemente, implicará uma contraposta:
 - b.1) quanto o oblato suprimir, modificar, ou alterar um elemento essencial proposto pelo ofertante;
 - b.2) quanto o oblato recusar ou modificar um elemento substancial proposto pelo ofertante;
 - b.3) quando o oblato acrescentar à sua declaração de aceitação um elemento substancial novo.”

Assim, tanto a oferta como a aceitação, mostram-se como elementos (atos) imprescindíveis para a formação definitiva do contrato de comércio internacional.

5. As cláusulas Típicas nos contratos internacionais do comércio

5.1 O problema de liberdade clausular

O objetivo principal perseguido pelas partes contratantes do comércio internacional, deve ser sempre expresso por meio de cláusulas, que são sempre de caráter particularizante, e que se situam como verdadeiros alicerces de sustentação, ou seja, permitem que sejam sedimentados os critérios dos contratos internacionais, o que tem exigido dos profissionais inseridos nesse ramo tão vasto do comércio internacional uma permanente atualização, com a finalidade de tentar reduzir as contradições que possam existir, sobretudo, de comunicação, de concepção ou de articulação, as chamadas *Inconterms*.

Entretanto, a grande questão do comércio internacional, está voltada para a liberdade de contratar das partes, ou seja, a liberdade que os contratantes

têm de escolher qual a lei que será aplicada, ou ainda, de nem mencionar qual a lei que será aplicada, neste último caso deixando ao critério do julgador estabelecer qual a lei que deverá ser aplicada, entretanto, este deverá sempre levar em conta o interesse das partes, ou ainda, quais eram as expectativas que as mesmas pretendiam no momento de contratar.

Segundo Strenger¹⁴:

Se tomarmos o contrato como símbolo expressivo desse tratamento, devemos admitir que suas regras resultam tanto da vontade da lei quanto da vontade do indivíduo, porquanto a estrutura orgânica e homogênea do homem em sociedade não dissocia o domínio da lei do domínio da liberdade, mas se integram ambos na vida social, para que a verdadeira liberdade possa ser alcançada.

Dessa formulação extrai-se que o contrato do comércio internacional admite que "suas regras resultam tanto da vontade da lei quanto da vontade do indivíduo"¹⁵, ou seja, "[...] a vontade jurídica deve ser livre e, ao mesmo tempo, conformar-se ao Direito."¹⁶

Assim, as leis dos Estados devem sempre servir de garantia à liberdade de contratar, isto é, elas devem estabelecer como um princípio a liberdade de contratar, (faculdade que os indivíduos contratantes têm de criar entre si um direito), dessa forma as leis dos Estados devem aparecer na relação comercial, somente para dar cumprimento (obrigar coativamente) aos deveres voluntariamente aceitos pelos contratantes.

Strenger¹⁷ entende que:

[...] a autonomia da vontade corresponde, segundo uma definição aceitável, à faculdade concedida aos indivíduos de exercer sua vontade, tendo em vista a escolha e a determinação de uma lei aplicável a certas

¹⁴ STRENGER, Irineu. **Contratos Internacionais do Comércio**. p. 215

¹⁵ STRENGER, Irineu. **Contratos Internacionais do Comércio**. p. 215

¹⁶ STRENGER, Irineu. **Contratos Internacionais do Comércio**. p. 216

¹⁷ STRENGER, Irineu. **Contratos Internacionais do Comércio**. p. 217

relações jurídicas nas relações internacionais, derivando da confiança que a comunidade internacional concede ao indivíduo no interesse da sociedade, e exercendo-se no interior das fronteiras determinadas, de um lado, pela noção de ordem pública, e, de outro, pelas leis imperativas, entendendo-se que em caso de conflito de qualificação, entre um sistema imperativo e um sistema facultativo, a propósito de uma mesma relação do direito, a questão fica fora dos quadros da autonomia, do mesmo modo que somente se torna eficaz à medida que pode ser efetiva.

Desse modo, parece ser predominante na prática internacional à possibilidade de escolha de uma cláusula de eleição de direito que é a liberdade de contratar e escolher qual a lei aplicável para resolução dos conflitos, ou ainda, a liberdade de não ser estabelecida esta lei, deixando ao julgador a possibilidade de escolher qual a lei aplicável ao caso concreto, segundo as vontades e interesses demonstrados pelos contratantes no momento da contratação.

Entretanto, o único obstáculo ao princípio da autonomia da vontade no ordenamento jurídico brasileiro, no que diz respeito à liberdade de contratar, é a possibilidade desse princípio ofender as regras de ordem pública. Encontrando nessa ofensa um bloqueio à liberdade de contratar, porém, este bloqueio vem sendo amenizado pela pressão que o comércio internacional vem oferecendo, a todo e qualquer tipo de resistência tanto em nível nacional como internacional para que torne a autonomia da vontade suprimida.

5.2 As cláusulas de garantias

As regras de ordem pública no ordenamento jurídico brasileiro representam a defesa dos interesses dos contratantes brasileiros em nível internacional, entretanto, não se pode abdicar de garantias, tendo em vista que o contrato é uma forma de garantir o negócio internacional estabelecido. Uma das mais importantes, se não a mais importante das cláusulas no que concerne a elaboração dos contratos internacionais de comércio, é o estabelecimento de **cláusulas de garantias**, que se tornam o próprio cerne do contrato internacional, vez que toda a execução e cumprimento do mesmo, se dá através das garantias prestadas pelas partes. Por isso Strenger¹⁸ enfatiza

¹⁸ STRENGER, Irineu. **Contratos Internacionais do Comércio**. p.225

que: “Construir contratos com boas garantias é quase uma tendência natural de todos quando integram sua constituição, seja do ponto de vista intrínseco ou extrínseco.”

Existe no comércio internacional uma pré-disposição para as garantias bancárias, por ser esta modalidade de garantia uma operação que compreende um campo muito vasto de atividades.

Por isso Strenger enfatiza que: “Construir contratos com boas garantias é quase uma tendência natural de todos quando integram sua constituição, seja do ponto de vista intrínseco ou extrínseco.”¹⁹

Entretanto, existe uma tendência natural do comércio internacional, de se distanciar dos impositivos legais existentes, que regulamentariam esse negócio internacional estabelecido por um contrato internacional de comércio. Esse distanciamento fica muito claro nas Regras Uniformes que a Câmara de Comércio Internacional apontou, apresentando três tipos de garantias, garantia de licitação²⁰, garantia de execução²¹ e garantia de reembolso²².

Assim, a garantia “não é senão o produto da vontade contratual; por isso recebe variegadas modalidades; desde o depósito em metálico ou de títulos mercantis, passando pela garantia de uma instituição financeira [...]”²³

Strenger²⁴ nos apresenta diferentes tipos de garantias, salientando que a garantia contratual pode ser necessária nas mais diversas operações comerciais de natureza internacional. Segundo o estudioso existem três tipos

¹⁹ STRENGER, Irineu. **Contratos Internacionais do Comércio**. p.225

²⁰ Em razão da qual o garantidor se obriga a realizar desembolso em favor do beneficiário, no caso de o ordenador deixar de cumprir as obrigações, derivadas de sua oferta

²¹ Mediante a qual o garantidor se obriga a realizar desembolso em favor do beneficiário, ou, se a garantia o prevê e por escolha do garantidor, assegurar a execução do contrato no caso de o ordenador não cumprir devidamente o celebrado com o beneficiário.

²² Em razão da qual o garantidor se obriga a realizar desembolso, no caso do ordenador não pagar, de acordo com as condições do contrato celebrado

²³ STRENGER, Irineu. **Contratos Internacionais do Comércio**. p.223 citando Bernardo Maria Cremades.

²⁴ STRENGER, Irineu. **Contratos Internacionais do Comércio**. p. 224

de garantias exigidas pelas três etapas de missão: garantia de submissão²⁵, garantia de boa execução²⁶ e garantia de reembolso²⁷.

Portanto, a garantia apresenta-se como um “contrato pelo qual o garantidor se obriga como devedor, em favor do beneficiário da garantia, seja para assegurar a obtenção de um resultado de puro fato ou de um resultado jurídico determinado, seja para assumir o ônus de eventual reparação de dano futuro, não ainda presente.”²⁸

Quando falamos de garantias em comércio internacional, estamos então nos a referindo a uma tendência das garantias bancárias, vez que estas estão despontando com especial ênfase. Entretanto, não podemos deixar de mencionar as garantias do tipo tradicional, que se compõem em três partes: o ordenador, o beneficiário e o garantidor ou fiador, este último apresentando-se como a garantia do compromisso avençado, com aquele sentido de cumprir a obrigação do ordenador caso este não venha a cumprir com o estabelecido entre as partes.

²⁵ Designando um compromisso assumido por determinado banco, uma companhia de seguros, ou a uma outra parte ou garantidor, ou realizado mediante instruções de um banco, habilitado para esse efeito, pelo ordenador, diante de uma parte ofertante, o beneficiário, para o qual o garantidor se obriga, no caso de descumprimento das obrigações do ordenador, decorrente de sua submissão, de efetivar pagamento do ordenador, nos limites de um montante indicado, geralmente 1 a 5% do valor do mercado, às vezes 10%.

²⁶ Significando compromisso assumido por um banco, uma companhia de seguros ou outra parte, o garantidor, em face de solicitação de um fornecedor de bens ou serviços, ou de outro empresário ordenador mediante instruções de um banco, habilitado para esse feito pelo ordenador ou a parte que transmite as instruções, diante de um comprador ou de um mestre de obra, ou beneficiário, pelo qual o garantidor se obriga, no caso em que o ordenador não execute devidamente certo contrato, lavrado entre o ordenador e o beneficiário, a efetuar pagamento nos limites de uma quantia indicada, ou, se a garantia o prevê, à escolha do garantidor, assegurar a execução do contrato.

²⁷ [...] designando compromisso assumido por um banco, uma companhia de seguros, ou de outra parte o garantidor, a pedido de um fornecedor de bens ou de serviços, ou de um empresário, o ordenador, ou tomado mediante instruções de um banco, habilitado para esse efeito pelo ordenador, diante do comprador ou de mestre de obra, o beneficiário, pelo qual o garantidor se obriga no caso em que o ordenador se omite, a reembolsar, na conformidade das condições do contrato concluído entre o ordenador e o beneficiário, toda a soma ou somas avençadas, ou pagas pelo beneficiário ao ordenador, e que não tenham sido reembolsadas, a efetuar um pagamento nos limites de um montante indicado. Esse adiantamento pode atingir até 20% do valor do contrato.

²⁸ STRENGER, Irineu. **Contratos Internacionais do Comércio**. p. 225.

Assim, na modalidade de garantia tradicional o garantidor ou fiador, se obriga ao cumprimento de:

- a) pagar terminada some em dinheiro;
- b) fazer a devida entrega de bens; e,
- c) executar compromisso de construção;

*Poulllet*²⁹ apresenta quadro sinótico muito significativo das garantias, que permitirá compreensão global dessa temática:

- 1. Garantia ligada à noção de obrigação;
 - 1.1 Garantia pagável mediante concordância do ordenador.
 - 1.2 Garantia pagável com base em decisão com força de coisa julgada.
 - 1.3 Garantia pagável com base em decisão arbitral concernente às relações ordenador-beneficiário.
 - 1.4 Garantia “à primeira solicitação”, excetuada prova de recurso judicial.
- 2. Garantia ligada à produção de documentos
 - 2.1 Garantia pagável com base em documento arbitral.
 - 2.2 Garantia pagável com base em medida cautelar arbitral relativa à garantia.
 - 2.3 Garantia pagável com base em laudo pericial, declaração de terceiro relativa ao não-cumprimento da prestação.
- 3. Garantia automática
 - 3.1 Garantia “à primeira solicitação” com documento de enumeração de reclamações.
 - 3.2 Garantia “à primeira solicitação” com declaração escrita (*staterment*) do beneficiário
 - 3.3 Garantia pagável “à primeira solicitação” à descrição do beneficiário.”

²⁹ STRENGER, Irineu. **Contratos Internacionais do Comércio**. p. 231

5.3 Cláusulas de arbitragem

À medida que as partes se permitem utilizar do princípio da autonomia da vontade, estas encontram uma liberdade para contratar, que possibilita as mesmas a utilização da cláusula de arbitragem como uma forma de resolução dos conflitos que esse negócio jurídico (relação comercial) possa gerar.

Esta liberdade de contratar vai então possibilitar que as partes contratantes possam determinar no momento de formação do contrato, qual será a legislação que a ser utilizada, quais os princípios inerentes a esta legislação ou contratação, quais os usos e costumes, ou ainda, escolher simplesmente pelo uso da equidade.

Strenger³⁰ apresenta uma conceituação de arbitragem que a nosso ver é a consagração do princípio da autonomia da vontade, no que tange aos contratos internacionais:

Arbitragem é instância jurisdicional, praticada em função de regime contratualmente estabelecido, para dirimir controvérsias entre pessoas de direito privado e/ou público, com procedimentos próprios, e força executória perante tribunais estatais.

Dessa forma a arbitragem traz às partes contratantes do comércio internacional uma maior amplitude de opções, possibilitando a esta à escolha quanto à forma de resolução de conflitos que possam ser decorrentes dessa contratação, ou seja, a cláusula de arbitragem possibilita aos contratantes escolherem qual será o órgão julgador bem como a legislação que deverá ser aplicada.

5.4 Cláusulas de Previsão de força maior e *Hardship*

Nos negócios internacionais é comum que os contratos celebrados contenham dispositivos que busquem limiar a responsabilidade das partes, na finalidade de minimizar os riscos e garantir a qualidade das mercadorias ou serviços contratados. Para Strenger³¹:

³⁰ STRENGER, Irineu. **Contratos Internacionais do Comércio**. p. 233

³¹ STRENGER, Irineu. **Contratos Internacionais do Comércio**. p. 264

De modo geral, em um contrato as partes assumem a responsabilidade pela inadimplência ou defeituosa execução do contrato. É o tema amplo da responsabilidade contratual, que apenas encontra guarida em face da justa causa, capaz de explicar, de forma absoluta e acima de imperativo dos ajustes, o porquê do inadimplemento, pelo contratante prejudicado.

Dessa forma, os contratantes utilizando-se do princípio da autonomia da vontade, criam normas materiais que serão o arcabouço normativo que irá regular a relação contratual. As cláusulas usualmente utilizadas nos contratos internacionais que objetivam, então minimizar os efeitos do inadimplemento contratual são as cláusulas:

Força maior – São aquelas que objetivam dispensar de responsabilidade das partes no caso de surgimento de situações não previstas e impossíveis de serem evitadas, tais como: tempestades, terremotos, inundações, incêndios, secas, raios, epidemias, dentre outras causas desastrosas provocadas pelo homem como guerra, atentados terroristas, greves, etc. Para facilitar o entendimento do tema Strenger³² exemplifica, com a seguinte redação:

Serão consideradas como caso de força maior, as circunstâncias resultando, depois da conclusão do contrato, de acontecimentos imprevistos, notadamente a título indicativo e não limitativo, guerra, catástrofes natural, greves, etc.

Hardship – São aquelas cláusulas que prevêm adversidade, infortúnios, ou privação dos fatos e circunstâncias, ou seja, estabelecem situações de natureza extraordinária que poderão afetar a execução do contrato a ponto de tornar impossível o seu cumprimento. Segundo o doutrinador Strenger³³:

Para que a cláusula funcione, será necessário que acontecimento ou mudança de circunstância fora do controle da parte que o invoca, e que tenha sido prudente e diligente, resulte em conseqüências de efeitos fundamentalmente diferentes daqueles previstos, quando da confusão do contrato, e de despesas financeiras superiores às previsões relativas à matéria objeto do contrato. Outras condições intervêm, mas, quando tal acontecimento surge, impõe-se mudança do procedimento

³² STRENGER, Irineu. **Contratos Internacionais do Comércio**. p. 265

³³ STRENGER, Irineu. **Contratos Internacionais do Comércio**. p. 268

contratual, para adaptar a economia do contrato, e, na falta de acordo, deve-se recorrer à arbitragem, a fim de dar eficácia à cláusula.

Portanto, as cláusulas de *Hardship* possuem um conteúdo econômico, ou seja, as partes estão autorizadas a reverem as bases do contrato, possibilitando assim a continuação da relação contratual, naquelas situações em que estas se sintam prejudicadas, sofrendo onerosidade excessiva em virtude da ocorrência de fatores imprevisíveis, que alteram de forma acentuada a equivalência anterior das partes.

5.5 Cláusulas de jurisdição

Em se tratando de contrato internacional de comércio no que diz respeito a já mencionada autonomia de vontade dos contratantes a cláusula de escolha de jurisdição apresenta-se de forma indispensável, vez que esta é parte inevitável da negociação, ou seja, as partes podem escolher já no momento inicial da relação contratual qual será a jurisdição, que poderá ser até mesmo um terceiro país, que irá tutelar a relação jurídica estabelecida entres os sujeitos internacionais envolvidos no negócio empresarial.

É exatamente pela existência de uma possibilidade de litigância que a cláusula de jurisdição, ou ainda, cláusula atributiva de competência, torna-se imprescindível. Contudo, é necessário lembrar que o princípio da autonomia da vontade encontra seu óbice no ordenamento jurídico brasileiro nas regras consideradas de ordem pública, logo, essa designação de competência não pode atentar contra as regras de estabelecem a ordem pública seja esta nacional ou internacional.

6. Elementos de conexão do Direito Internacional privado brasileiro às obrigações contratuais

Os contratos internacionais são caracterizados pela existência de elementos de estraneidade, dos quais: as partes podem se provenientes de diferentes Estados; a contratação pode ser em moeda estrangeira; a execução do

contrato pode ocorrer em Estados estrangeiros, marcados pela existência de mais de um sistema jurídico.

Cada Estado possui o seu ordenamento jurídico, portanto, estamos diante de uma multiplicidade de legislações, o que seguramente gera o chamado conflito de leis no espaço, ou seja, significa a potencialidade de aplicação de mais de um sistema jurídico para regular determinada situação jurídica.

João Grandino Rodas³⁴ estabelece os elementos de conexão do Direito Internacional Privado Brasileiro, na seguinte seqüência:

- a) elementos de conexão relativos à capacidade da pessoa física: a personalidade da pessoa física exprime a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações, ou seja, a capacidade de direito é a aptidão para se tornar sujeito de direito e a capacidade de fato é a aptidão para exercê-lo por si mesmo. Assim sendo, a personalidade e a capacidade determinam qual a lei que será aplicada ao fato. Existem três sistemas para determinar qual será a lei aplicável em matéria de capacidade: territorialidade; Nacionalidade e Domicílio;
- b) elemento de conexão relativos à capacidade de pessoa jurídica: Não restam mais dúvidas que as pessoa jurídicas possuem capacidade para contratar no ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, o art. 11 da Lei de Introdução ao Código Civil³⁵ estabelece que: "As organizações destinadas a fins de interesse coletivo, como as sociedades e a fundações, obedecem à lei do Estado em que se constituírem". De tal modo, será a legislação do local da constituição da empresa que regerá a questão de sua capacidade;
- c) elementos de conexão relacionados aos aspectos extrínsecos ou formais: destinam-se a verificar a manifestação da vontade, consiste naturalmente no conjunto de meios juridicamente legítimos de tornar visível a vontade, de certificar a existência dos atos jurídicos e de facilitar a sua prova, ou seja, a lei do local rege o ato;
- d) elementos de conexão referentes a aspectos intrínsecos ou de fundo: existem várias soluções, no que tange a lei aplicável a substancia dos

³⁴ RODAS, João Grandino. Elementos de conexão do Direito Internacional Privado Brasileiro relativamente às obrigações contratuais. In: RODAS, João Grandino (coordenador) 3.ed. **Contratos Internacionais**. São Paulo, 2002, p. 22

³⁵ **NOVO CÓDIGO CIVIL** – Lei 10.406, de 10-1-2002. Coordenação e Supervisão da Equipe Atlas, 3. ed.: São Paulo: Atlas, 2003, p. 9

contratos, tais como: a lei do lugar da execução; lei do lugar do contrato; lei pessoal do devedor; lei pessoal das partes e lei escolhida pelas partes.

O art. 9º da LICC³⁶, determina:

Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.

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

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

Assim segundo essa redação, deverá ser aplicada a legislação do local onde as partes celebram o contrato.

7. A Lei e o foro de eleição em tema de contratos internacionais

Os contratos internacionais de comércio são caracterizados pelos elementos e conexão, assim como pelas cláusulas que o identificam como internacional, dentre as quais se destaca as cláusulas resultantes da aplicabilidade do princípio da autonomia da vontade: cláusulas da lei aplicável e do foro de eleição. Contudo, quando estamos nos referindo a autonomia da vontade, sobretudo, em tema de contrato internacional de comércio, encontramos na legislação brasileira um óbice, que é gerado pelas regras de leis da ordem pública, muito diferentemente do estabelecido na maioria dos outros países que reconhecem o princípio da autonomia da vontade como um elemento de conexão, ou seja, as partes podem escolher qual será o direito material aplicável e qual será o foro que irá solucionar os conflitos que o negócio pactuado possa gerar.

Franceschini³⁷ enfatiza a necessidade de não se confundir liberdade contratual do direito interno com a autonomia da vontade do Direito Internacional

³⁶ **NOVO CÓDIGO CIVIL** – Lei 10.406, de 10-1-2002. p. 9

Privado. A primeira tem objeto próprio a escolha do lugar onde as partes querem que seja realizado o contrato. Diferentemente da segunda que possibilita as partes contratantes escolherem qual será o direito aplicável ao contrato em questão.

Importante ainda salientar a posição de Nadia de Araújo³⁸, no tocante a tema:

A cláusula de eleição do foro não se confunde com a lei aplicável. A primeira tem implicação exclusivamente processual, e, traduz-se em indicar o compromisso das partes de submeterem-se a certo órgão jurisdicional para exame dos litígios emergentes do contrato. A cláusula de lei é de direito material, inserida no âmbito da liberdade contratual e da autonomia da vontade, designando a lei aplicável ao negócio jurídico.

Conclui Araújo³⁹ dizendo que:

Pode-se escolher um determinado foro para se discutirem litígios da relação contratual e naquele utilizar-se a lei de um terceiro país. [...] Se o foro escolhido proibir a autonomia da vontade, a cláusula de lei aplicável poderá ser invalidada, ressalvada, é claro a responsabilidade das partes pelo descumprimento da cláusula. As consequências de determinada escolha de foro influem na cláusula da lei aplicável.

Como já mencionamos a autonomia de vontade encontra o seu impedimento no ordenamento jurídico brasileiro nas regras de ordem pública, isso quer dizer que a vontade das partes pode estabelecer um contrato e definir o seu conteúdo, mas este não pode contrariar aquilo que o legislador disciplinou, buscando reconhecer os interesses privados dos contratantes.

³⁷ FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. A lei e o foro de eleição em tema de contratos internacionais. In: RODAS, João Grandino (coordenador). 3. ed. **Contratos Internacionais**. São Paulo, 2002.

³⁸ ARAÚJO, Nádia de. **Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 334-335

³⁹ ARAÚJO, Nádia de. **Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira**. p. 335

Considerações finais

Como referido durante todo o estudo, os negócios empresariais a nível internacional estão sendo influenciados pela chamada globalização econômica, em que as empresas de um determinado país precisam tornar-se sujeitos internacionais no que tange ao comércio, vez que esta condição torna-se atualmente uma condicional para ser manter no mercado. Destarte, é necessário que os negócios empresariais internacionais sejam amparados por contratos que não somente estipulem valor do negócio avençado, mas, principalmente que seja estabelecido entre as partes cláusulas de garantias e cláusulas de resolução de conflitos.

Como observamos durante o desenvolvimento do estudo, o ordenamento jurídico brasileiro, apresenta alguns óbices ao princípio da autonomia da vontade apresentando no cenário internacional muito diferentemente daqueles países que ratificaram a Convenção Interamericana sobre Direitos aos Contratos Internacionais (México, 1994), ou seja, os contratantes brasileiros estão sujeitos a normas de ordem pública amparadas pelo art. 9º da LICC.

Há aqueles que defendem que a ratificação da convenção mencionada estaria prejudicando o contratante brasileiro, pois assim, entende-se que este deixaria de estar resguardado, oportunizando assim que estes estabeleçam com os contratantes de outros países de economia mais pujante cláusulas exorbitantes. Contudo, é necessário dizer que com a ratificação da convenção o Brasil a nosso ver estaria dispendo de um moderno sistema de normas sobre os contratos internacionais, incluindo então a autonomia da vontade em matéria conflitual e ainda a possibilidade de utilização de normas gerais do comércio internacional.

Referência das fontes citadas

ARAÚJO, Nádia de. **Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BASSO, Maristela. **Contratos Internacionais do Comércio**. Negociação, Conclusão. Prática. 3. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

GLASENAPP, Maikon Cristiano. Os negócios empresariais e os contratos internacionais de comércio. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v.2, n.2, 2º quadrimestre de 2007. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. A lei e o foro de eleição em tema de contratos internacionais. In: RODAS, João Grandino (coordenador). 3. ed. **Contratos Internacionais**. São Paulo, 2002.

NOVO CÓDIGO CIVIL. Lei 10.406, de 10-1-2002. Coordenação e Supervisão da Equipa Atlas, 3. ed.: São Paulo: Atlas, 2003

RODAS, João Grandino. Elementos de conexão do Direito Internacional Privado Brasileiro relativamente às obrigações contratuais. In: RODAS, João Grandino (coord.) **Contratos Internacionais**. 3 ed. São Paulo, 2002.

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