

A LEI APLICÁVEL AOS CONTRATOS INTERNACIONAIS DE TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA NO BRASIL

THE LAW APPLIED ON INTERNATIONAL CONTRACTS OF TECHNOLOGY TRANSFER IN BRAZIL

Jessica Zanco Ladeira¹
Clarissa Chagas Sanches Monassa²

¹ Centro Universitário Eurípides de Marília UNIVEM (Curso de Direito)

² Docente no UNIVEM

RESUMO

Nos dias de hoje, com o desenvolvimento da tecnologia e crescimento das relações comerciais entre Estados, faz-se necessário um estudo mais aprofundado e minucioso dos contratos internacionais, principalmente os que tratam da transferência de tecnologia entre as nações. A Teoria Geral das Obrigações, na qual estão incluídos os contratos internacionais, é norteadora por três princípios: o Princípio da Autonomia da Vontade, o Princípio da Ordem Pública e o Princípio da Obrigatoriedade dos Contratos. Os contratos internacionais são aqueles que envolvem diferentes nações para a produção e circulação de bens e serviços, nos quais incidem dois ou mais ordenamentos jurídicos de diferentes Estados. Esses pactos, inclusive, influenciam empresas ou estados estrangeiros ao acordo, mas que diante da possível repercussão das consequências do contrato, serão afetadas, por explorarem o mesmo ou conexo setor econômico. Diante do Princípio da Autonomia da Vontade, o mais determinante dentro do conjunto de princípios que rege os contratos, as partes contratantes podem, segundo o que for considerado mais benéfico para o negócio jurídico, eleger como legislação orientadora do contrato e reguladora de eventual conflito a ser resolvido por tribunais arbitrais a *lexmercatoria*, ou seja, o direito costumeiro comercial internacional. Por fim, destacam-se os elementos de conexão utilizados pelo Direito Internacional Privado, os quais são expressões legais que indicam o direito que deve tutelar a relação jurídica em questão.

PALAVRAS-CHAVE:

Contratos internacionais; princípio da autonomia da vontade; *lexmercatoria*; arbitragem; transferência de tecnologia.

ABSTRACT

Nowadays, with the development of technology and the expanding of trade relations between States, it is necessary a deeper and more thorough study of international contracts, mainly those dealing with technology transfer between nations. The General Theory of Obligations, which are included the international contracts, is guided by three principles: the Principle of Autonomy of Will, the Principle of Public Order and the Principle of Obligation of Contracts. International contracts are those that involve different nations for the production and circulation of goods and services, which focus on two or more legal systems of different countries. These pacts also influence companies or foreign states to the agreement, but owing to the possible impact of the consequences of the contract, will be affected, by exploiting the same or related economic sector. Given the Principle of Autonomy of the Will, the most crucial inside the set of principles governing contracts, the contracting parties may, according to what is deemed most beneficial to the business, elect as guiding and governing law of the contract and of eventual conflict to be solved by arbitral tribunals the *lexmercatoria*, in other words, the international commercial customary right. Finally, it is highlighted the connection elements used by the Private International Law, which are expressions that indicate the legal rights that should protect the legal relation in question.

KEYWORDS: International contracts; principle of autonomy of the will; *lexmercatoria*; arbitration; technology transfer.

INTRODUÇÃO

Nos dias de hoje, com o desenvolvimento da tecnologia e crescimento das relações comerciais entre Estados, faz-se necessário um estudo mais aprofundado e minucioso dos contratos internacionais, principalmente os que tratam da transferência de tecnologia entre as nações.

Os contratos internacionais são aqueles que envolvem diferentes nações para a produção e circulação de bens e serviços, nos quais incidem dois ou mais ordenamentos jurídicos de diferentes Estados. Estes pactos, inclusive, influenciam empresas ou Estados estrangeiros ao acordo, mas que diante da possível repercussão das consequências do contrato, serão afetados, por explorarem o mesmo ou conexo setor econômico.

Como o acordo de vontades em questão sofre a incidência de legislações que possuem um elemento de estraneidade, observa-se um conflito de leis no espaço, isto é, a possibilidade de aplicação de mais de um sistema jurídico para regular certa relação jurídica.

Visando solucionar esta problemática e uma vez que se trata de instituto de direito privado, as partes contratantes podem, fazendo uso da autonomia da vontade, eleger como legislação orientadora do contrato e reguladora de eventual conflito qualquer ordenamento jurídico, desde que este não viole a moral, bons costumes e ordem econômica do foro julgador, ou a *lexmercatoria*, que vem a ser o direito costumeiro comercial internacional.

Conquanto, no caso das partes não utilizarem a autonomia da vontade na estipulação da lei aplicável ao contrato internacional, é empregado o princípio *dolocusregitactum* e deste modo, o ordenamento jurídico empregado será aquele pertencente ao país em que se constituiu a obrigação, consoante o art. 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Por conseguinte, faz-se mister determinar a legislação adequada para regulamentar as cláusulas contratuais e solucionar eventuais conflitos entre as partes na execução dos contratos internacionais de transferência de tecnologia, diante dos possíveis reflexos sociais e econômicos que tal acordo pode desencadear.

1 DA TEORIA GERAL DOS CONTRATOS INTERNACIONAIS

1.1. Conceituação

Para o Direito brasileiro, contrato¹ é um acordo de vontades que possui um mesmo objetivo, como criar, modificar ou extinguir um direito. O conceito de contratos internacionais se assemelha à definição acima, por se originar de um acordo de vontades que visa um mesmo fim. Contudo, a principal diferença entre os dois é a de que nos contratos internacionais mais de um ordenamento jurídico incide sobre as cláusulas quanto à capacidade dos agentes, o objeto e a sua conclusão (ENGELBERG, 2003, p. 19).

O principal objetivo para a distinção entre contrato internacional e interno é quando surge um litígio, pois se o contrato formalizado for classificado como internacional, primeiramente, deve-se descobrir qual a legislação adequada para solucioná-lo, utilizando-se das regras do Direito Internacional Privado. Posteriormente, deve-se observar se os usos e costumes internacionais são aplicados à situação. Por fim, deve-se apreender qual o foro competente para julgar o conflito (AMARAL, 2006, p. 223).

No conceito de Strenger:

são contratos internacionais do comércio 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, 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 (STRENGER, 2003, p. 93).

Os arts. 7º ao 15 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro permitem o emprego de normas estrangeiras no território nacional, quando uma outra legislação for nomeada para solucionar determinado litígio. Como, por exemplo, o art. 9º da lei referida acima, em que “para qualificar e reger as obrigações aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem”.

Os contratos internacionais constituem o mecanismo utilizado pelo comércio para negociar bens e serviços com outros Estados e pessoas de outros territórios. Ou seja, é um importante instrumento de intercâmbio do comércio internacional. Ao mesmo tempo, é sensível às transformações mundiais, de natureza política,

¹ Nas palavras de Diniz, “contrato é o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial” (2011, v. 3, p. 32).

econômica, social e até mesmo cultural, se amoldando às novas exigências (STRENGER, 2003, p. 31-32).

Podem-se classificar como internacionais os contratos que envolvem diferentes nações para a produção e circulação de bens e serviços e que, inclusive, influenciam empresas ou Estados estrangeiros ao acordo, mas que diante da possível repercussão das consequências do contrato, serão afetadas, por explorarem o mesmo ou conexo setor econômico.

De acordo com a Teoria Geral das Obrigações os princípios aplicáveis aos contratos em geral, inclusive os internacionais são: Princípio da Autonomia da Vontade, da Ordem Pública e da Obrigatoriedade do Contrato entre as Partes (*apud* DI LORENZO, 2010, p. 139-140).

O primeiro deles, o mais característico desse instituto, enuncia a possibilidade de as partes pactuarem segundo seus próprios interesses, no sentido de possuírem a liberdade de escolher a lei aplicável que melhor se encaixar nas especificidades da situação, solucionar os eventuais conflitos e proporcionar a desejada segurança jurídica, respeitando sempre as normas internacionais e a ordem pública. Essa escolha, ao menos no campo da arbitragem internacional, pode ser feita até mesmo por meio de legislação estranha aos contratantes, ou seja, independentemente das legislações conectadas às partes e, ainda, de regras extra-estatais, como a *lexmercatoria* ou as normas do Direito Internacional Público (ARAUJO, 2000, p. 18, 39, 43; MELO, 2000, p. 63).

Assim, este princípio, além de proporcionar maior certeza e clareza quanto à interpretação das cláusulas contratuais em razão dos próprios contratantes estabelecerem o ordenamento aplicável, afasta os eventuais conflitos de leis, pois as partes possuem liberdade para eleger qualquer legislação, mesmo aquela que não possui qualquer conexão com o contrato internacional, ou, ainda regras extra-estatais.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, em seu art. 9º, não exprime essa posição, isto é, não se manifesta expressamente quanto à legalidade da autonomia da vontade; no entanto, a prática do comércio internacional, no Brasil, mostra a possibilidade de se empregar essa faculdade (MELO, 2000, p. 66; RECHSTEINER, 2005, p. 149).

Um grande avanço observado na legislação brasileira foi a promulgação da Lei nº 9.307 de 1996, que autoriza a utilização do Princípio da Autonomia da Vontade pelas partes contratantes quando o contrato internacional é vinculado à convenção de arbitragem (RECHSTEINER, 2005, p. 150).

Outro importante passo para a adoção do princípio foi a assinatura da Convenção do México, na qual ficou consignada a permissão e legalidade da autonomia da vontade na escolha da lei aplicável aos contratos internacionais. Este preceito, todavia, apenas é dirigido aos países signatários, isto é, os Estados-membros do Mercosul – Mercado Comum do Sul (ARAUJO, 2000, p. 189-192; RECHSTEINER, 2005, p. 150-151).

Rechsteiner explana os avanços alcançados pela referida convenção:

A convenção admite a autonomia da vontade das partes para a escolha do direito aplicável a um contrato internacional. Tal escolha deve estar expressa ou pode ser tácita, uma vez que o texto convencional permite que se depreenda essa escolha da conduta dos contratantes e das cláusulas contratuais. Faculta, ainda, a modificação superveniente da lei escolhida, desde que não afete a validade formal do contrato, nem direitos de terceiros. A convenção, ademais, permite ao juiz aplicar sempre as regras da *Lex Mercatoria* ao contrato internacional, e isso independe do direito aplicável ao contrato. Com essa cláusula, a convenção inovou bastante, satisfazendo uma exigência da prática do comércio internacional (RECHSTEINER, 2005, p. 150).

Apesar da ampla liberdade de opção pela legislação que regulamentará o contrato, o princípio em questão não está totalmente desvinculado do ordenamento interno, pois é este que confere legalidade e garante, e ao mesmo tempo limita o poder de firmar um acordo de vontades (MELO, 2000, p. 64; RECHSTEINER, 2005, p. 143).

O princípio em questão pode encontrar restrições pela lei estatal englobada pela ordem pública, a soberania e os bons costumes. Ainda, pode ser limitado por normas de Direito Internacional Público.

Quando é formalizado um contrato que possui caráter internacional, é eleita uma legislação que o regulamentará, em consonância com o direito interno do estado que lhe outorga validade, as cláusulas e o ordenamento escolhidos podem ser aplicados em detrimento de normas imperativas e cogentes do direito substantivo e material nacional. Não obstante, no caso de a legislação estatal estabelecer limites ao exercício da autonomia da vontade, ou seja, à escolha da lei aplicável e as partes não obedecerem estas restrições, a opção torna-se ineficaz, e

o contrato será regido pelas normas de eleição de foro criadas pelo legislador. Ou seja, o direito estatal se aplica subsidiariamente ao contrato internacional, no caso de o desempenho da faculdade concedida pelo princípio ser considerado nulo (RECHSTEINER, 2005, p. 144, 146-147).

Com relação ao Princípio da Ordem Pública, vale dizer, que o sistema jurídico brasileiro o adotou expressamente para regular e limitar todos os atos e negócios jurídicos, inclusive os contratos, tanto nacionais quanto internacionais. É o que se infere do parágrafo único do art. 2.035 do Código Civil:

Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

Assim como do art. 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro:

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.

Portanto, o citado princípio refere-se à supremacia dos interesses públicos sobre os particulares, isto é, a vontade das partes contratantes está subordinada aos interesses coletivos, assevera a obrigatoriedade de o contrato respeitar os limites impostos pela legislação internacional e não contrariá-la. No plano do Direito Internacional Privado limita a eleição do ordenamento jurídico aplicável ao contrato às legislações estrangeiras que não atentam contra a moral, bons costumes e ordem econômica do foro julgador, como também rege a homologação de leis estrangeiras (DINIZ, 2011, p. 42; DOLINGER, 2001, p. 396; NEVES *apud* DI LORENZO, 2010, p. 139).

Logo, as leis nacionais de um determinado Estado possuem cunho cogente, obrigatório, por tratarem de normas de ordem pública, ou gozam de caráter dispositivo. Estas podem ser derogadas pela legislação eleita pelas partes, no exercício da autonomia da vontade, para regular o contrato, desde que não ferindo a ordem pública; contudo, aquelas não podem ser anuladas pela escolha de lei aplicável, por de tratar de normas insubstituíveis, neste caso se empregaria a lei do foro competente para julgar a lide internacional (DOLINGER, 2001, p. 392-394).

As convenções internacionais que manejam o Princípio da Ordem Pública delimitam que ele deve ser visto como exceção, ou seja, um Estado somente deverá recorrer a esta solução se a desarmonia da lei aplicável e da ordem pública do foro for extensa e profunda (RECHSTEINER, 2005, p. 168; DOLINGER, 2001, p. 419).

Por fim, o Princípio da Obrigatoriedade dos Contratos consagra que as partes devem cumprir com seus deveres e obrigações derivadas do contrato de que fazem parte.

O seu descumprimento pode acarretar sanções para o inadimplente, como a execução coercitiva de sua obrigação ou o pagamento de uma indenização proporcional aos prejuízos sofridos pela parte lesada, salvo em caso fortuito ou força maior (NEVES *apud* DI LORENZO, 2010, p. 139).

A principal finalidade deste princípio é a segurança contratual, isto é, o contrato, uma vez acordado, não pode ser modificado, a não ser quando há interesse de ambas as partes.

Ainda que existam regras internacionais que regulem o transporte, embalagem, preço e outros aspectos com relação às mercadorias, como é o caso dos *Incoterms – InternationalCommercialTerms* (Termos Internacionais do Comércio), muito árduo ou praticamente impossível seria criar um sistema jurídico internacional para regular tais contratos, pois nunca satisfaria totalmente todas as nações, por questões culturais, territoriais, legais e até religiosas. Por essa razão é deixado a cargo dos contratantes elegerem um foro que vinculará o referido acordo. Neste caso, as partes deverão ser claras na escolha do ordenamento jurídico aplicável e concordarem com os termos impostos, caso contrário, podem se desencadear conflitos de difícil resolução o que poderá acarretar uma rescisão contratual e até mesmo o rompimento de relações comerciais entre as nações envolvidas (MURTA, 2005, p. 4-5).

Uma alternativa para a solução de litígios internacionais decorrentes dos contratos internacionais, que vem crescendo cada vez mais nos últimos anos, é a arbitragem. Neste caso, as partes, de comum acordo, escolhem um ou mais árbitros imparciais para julgar da melhor maneira, objetivando dirimir o conflito em pauta. Essa decisão, expedida pelos árbitros, vincula as partes, que deverão respeitá-la e cumpri-la.

Na definição de Strenger, 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 (STRENGER, 2003, p. 233).

A arbitragem pode ocorrer pelo compromisso arbitral, em que os contratantes elegem a arbitragem para decidir um conflito já existente, ou pela cláusula arbitral, que é um termo do contrato acordado, em que as partes concordam que qualquer incidente que possa surgir do acordo seja vinculado a árbitro(s). Estas formas de arbitragem estão detalhadamente previstas no Capítulo II, sob o título Da Convenção de Arbitragem e seus Efeitos, da Lei n° 9.307/1996 (TEIXEIRA, 2009, p. 140).

Nestes termos, as partes podem, ao elaborarem o contrato internacional do comércio, estabelecer que eventuais conflitos resultantes do pacto sejam dirimidos por meio da arbitragem, caso em que, utilizando-se do Princípio da Autonomia da Vontade, podem tanto selecionar um determinado ordenamento jurídico para reger o contrato e a lide como conceber regras próprias ou, ainda, adotar a aplicação da *lexmercatoria*, para que o árbitro ou os árbitros nomeados pelas partes atuem de acordo com as normas eleitas (GARCEZ, 1994, p. 70).

Alternativamente, os contratantes têm a faculdade de designar alguma das entidades que administrem a arbitragem, na qual, não só possuem seus próprios árbitros, como também suas próprias regras editadas e internacionalmente reconhecidas (GARCEZ, 1994, p. 70).

A instituição que trata da arbitragem de maior visibilidade no mundo do comércio internacional é a Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI) com sede em Paris. Esta, assim como as outras câmaras arbitrais, não dirime os litígios provenientes de contratos internacionais do comércio, ela rege e supervisiona as arbitragens realizadas por árbitros ou tribunais arbitrais. Assim, sua função é assegurar o regular desenrolar das lides subordinadas ao Regulamento de Conciliação e de Arbitragem da CCI (ENGELBERG, 2003, p. 54).

No ordenamento jurídico brasileiro, foi promulgada em 1996 a Lei n° 9.307, também chamada de Lei de Arbitragem, em que o legislador instituiu em seu art. 1° que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Ou seja, é defeso que sejam levados à resolução arbitral os direitos de estado, pessoal de família ou qualquer outro que não tenha caráter patrimonial disponível (AMARAL, 2006, p. 357).

Ainda, em seu art. 2° estabelece:

Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

§ 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

§ 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

A partir da estipulação do compromisso ou cláusula arbitral, os contratantes podem estabelecer as normas processuais que serão observadas pelo árbitro, porém nunca se pode perder de vista o respeito à ordem pública e aos bons costumes (AMARAL, 2006, p. 362).

Estes princípios têm como escopo a realização de um processo em que ambas as partes tenham oportunidade de apresentar suas razões e propósitos e, ao final, alcançar uma decisão justa e válida. Esta é essencial, visto que a sentença arbitral é irrecorrível, salvo eventual vício no procedimento, que conduz a nulidade do mesmo (NEVES, 2009, p. 276).

1.2 Contratos-tipo como fonte da *lexmercatoria*

A *lexmercatoria*, regras costumeiras do comércio internacional, constitui a principal fonte do direito comercial internacional e, embora, diversos ordenamentos já houvessem criado regramentos para um direito dos mercadores, como a *Lex Rodhia de Jactu* pelos fenícios, *nauticumfoenus* pelos romanos, entre outros, seu maior progresso ocorreu no período medieval, como uma reação aos regramentos e costumes do sistema feudal, que não mais atendiam aos interesses e às demandas da classe de comerciantes, além de serem abusivos e incongruentes com o comércio internacional em expansão (AMARAL, 2006, p. 70-71; CORDEIRO, 2008, p. 96; AZEVEDO, 2006, p. 95).

Assim, no século XIV, a *lexmercatoria* medieval teve início na Itália e, a partir do desenvolvimento do comércio europeu, difundiu-se por toda a Europa. Os comerciantes se deslocavam para as grandes feiras e mercados e aos portos principais, transportando suas mercadorias, seus usos e costumes. Estes, com o crescimento do comércio e necessidade de inovação, passaram a ser incorporados às normas de cidades distintas (AMARAL, 2006, p. 71; CARL, 2010).

Outrossim, as regras trazidas pelos mercadores às cidades europeias primavam pela dinâmica, rapidez e liberdade negocial, sempre contratando “conforme a equidade e o justo” (CARLETTI, 1995, p. 96).

Na Inglaterra feudal, especificamente, no processo de formação de uma feira ou mercado, as cidades elegiam um tribunal, competente para o processamento e julgamento das lides entre comerciantes, visando, principalmente, a celeridade da resolução do conflito (AMARAL, 2002, p. 86; PARRA *apud* AMARAL, 2002, p.87).

Estes tribunais aplicavam a *lexmercatoria*, entendida como o conjunto de princípios, regras e costumes dos comerciantes, aplicada de forma autônoma aos contratos, sem interferência do lugar onde estão sendo celebrados ou do domicílio das partes, pretendendo alcançar a solução da lide da maneira mais adequada e rápida possível (AMARAL, 2002, p.87).

Todavia, a partir do século XVII, com o desenvolvimento da *common law* na Inglaterra, a *lexmercatoria* foi gradativamente perdendo espaço até se tornar obsoleta (AMARAL, 2006, p. 72).

Esse fenômeno também foi observado, no século XIX, conforme as nações foram se organizando em Estados e, estes, passaram a criar suas próprias legislações, incorporando os costumes comerciais às suas normas, a *lexmercatoria* foi gradativamente sendo menos aplicada. Esse processo diminuiu consideravelmente o poder dos comerciantes de contratarem, impondo suas próprias cláusulas para regularem o cumprimento do acordo. Além de transferir ao Estado a competência para processar e julgar os conflitos que antes eram solucionados pelos próprios mercadores (AMARAL, 2002, p.87; CARL, 2010; CORDEIRO, 2008, p. 100).

Desta forma, cada estado soberano possuía seu ordenamento interno que era incompatível com o caráter cosmopolita da *lexmercatoria* e, por essa razão, esta normatização costumeira passou a ser proibida.

Não obstante a inclusão de certas práticas comerciais nas legislações nacionais, os comerciantes encontravam-se insatisfeitos com a adequação precária da norma estatal aos casos concretos. Ora, o comércio internacional é dinâmico e está sempre em alteração e desenvolvimento, processo que as leis e os institutos jurídicos nacionais não podiam acompanhar (AMARAL, 2006, p. 73; CARL, 2010).

Assim, diante da crescente interação entre países, não só economicamente, como também social e politicamente, surgem variados polos de interesses distintos e as instituições jurídicas estatais, incapazes de se adaptar às mudanças no mundo

econômico e social, passam a perder sua essencialidade e exclusividade (FARIA *apud* NALESSO, 2011, p. 156).

Além do descontentamento dos comerciantes, reinava a insegurança jurídica nas negociações internacionais, pois a definição da legislação aplicável e do órgão nacional que processaria e julgaria os possíveis litígios surgidos entre as partes contratantes era árduo (STRENGER *apud* CORDEIRO, 2008, p. 100).

Portanto, diante das insatisfações dos homens de negócio, a prática de se aplicar a *lexmercatoria* na regulação dos contratos comerciais internacionais e na resolução dos conflitos derivados destes, ressurgiu, diante da eminente conciliação entre os princípios, usos e costumes e a prática do comércio mundial.

Diante das inovações tecnológicas, tanto em transportes como em telecomunicações, a distância entre os países se torna cada vez mais ínfima, o que demanda regras e leis mais práticas e justas para reger os contratos internacionais, encontrar o melhor deslinde dos conflitos e, além disso, amenizar as desigualdades entre os países exportadores de produtos industrializados e aqueles que negociam matéria-prima.

Logo, a *lexmercatoria*, no sentido de acompanhar as constantes alterações e progressos das relações do comércio internacional, gera, modifica e desenvolve normas para melhor regular os acordos internacionais; contudo, possuindo uma conexão com algum ordenamento estatal e não contrariando a este.

Destarte, as regras do direito costumeiro comercial internacional são empregadas na resolução de lides pelos tribunais arbitrais, pois os juízes estatais estão vinculados ao direito de seu Estado e, mesmo que as partes contratantes optem pela aplicação da *lexmercatoria*, é defeso àqueles sua interpretação e imposição (RECHSTEINER, 2003, p. 70).

Contudo, se da aplicação das regras costumeiras do comércio internacional intercorrer alguma ofensa às normas estatais de ordem pública, o Poder Judiciário é competente para afastar tal agressão (AZEVEDO, 2006, p.101).

Desta forma, no Brasil, a discussão sobre a afronta da *lexmercatoria* à soberania estatal não carece de dilação, pois o próprio legislador brasileiro reconheceu a possibilidade de sua utilização pelas câmaras arbitrais e o reconhecimento das decisões desta na prática jurídica nacional (VIDIGAL, 2011, p. 483).

Portanto, o Direito pátrio não é afrontado com a aplicação da *lexmercatoria* pelos árbitros, desde que convergentes com os princípios e regras nacionais.

Além disso, as regras da *lexmercatoria*, na maioria das vezes, são compatíveis com os princípios regentes do direito obrigacional dos ordenamentos estatais. E, respeitados as máximas de cada legislação nacional, os tribunais podem dar-lhes cumprimento. Porém, no caso de alguma regra de ordem pública nacional ser transgredida pela norma costumeira do comércio internacional, o emprego desta deve ser afastado pelo tribunal (AMARAL, 2006, p. 74; RECHSTEINER, 2003, p. 69).

Assim, no caso do Brasil, a sentença arbitral será homologada pelo Supremo Tribunal Federal (art. 35 da Lei de Arbitragem), desde que a matéria seja suscetível de arbitragem, conforme os moldes brasileiros, e não desrespeite a soberania nacional, os bons costumes e a ordem pública (AMARAL, 2006, p. 358-389).

Desta forma, a arbitragem internacional e a *lexmercatoria* possuem uma intrínseca relação, onde o conjunto de regras costumeiras do comércio internacional é empregado pelas câmaras arbitrais na resolução de conflitos e o complexo de decisões semelhantes destas, isto é, a jurisprudência arbitral é utilizada na composição da própria *lexmercatoria*.

1.3 Elementos de conexão aplicáveis aos contratos no Brasil e no mundo

Contrato internacional é, conforme exposto, um acordo de vontades sobre o qual incidem dois ou mais sistemas jurídicos estatais distintos. A partir de sua formulação, há o surgimento de um conflito de leis no espaço, envolvendo a lei do foro e a lei estranha, ambas possuindo entre si um elemento de estraneidade. O conflito que irrompe, por sua vez, deve ser solucionado sem preconceitos e discriminações em face do Direito Internacional Privado estrangeiro, mas com justiça e equidade norteadoras de qualquer relação jurídica (VALLADÃO *apud* NEVES, 2009, p. 186).

Assim, com o crescimento e desenvolvimento das relações comerciais os legisladores procuram estabelecer, internamente, através do DIPr, normas aptas a solucionar essas controvérsias, no sentido de indicar o sistema jurídico aplicável e proporcionar segurança jurídica às partes. Em síntese, portanto, os conflitos de leis no espaço são aqueles que demandam a definição de um dos ordenamentos

jurídicos incidentes sobre a relação jurídica para regulamentá-la, sendo que constituem o conteúdo do Direito Internacional Privado que, apesar da nomenclatura, é um direito interno (BARROSO *apud* NEVES, 2009, p. 186; RODAS, 2002, p. 20).

O Direito Internacional Privado, para cumprir com sua atribuição, utiliza-se dos elementos de conexão, que são normas indiretas e indicativas e representam aspectos fáticos de determinada relação jurídica, que o direito converte em indicadores da norma resolutória. Destarte, os elementos de conexão são essenciais “para determinar a lei substantiva aplicável ao fato interjurisdicional por ser um meio técnico, fático ou jurídico, prefixado pela lei interna de cada país, que constituirá a base na ação solucionadora do conflito” (NEVES, 2009, p. 187; RODAS, 2002, p. 20).

De acordo com Rechsteiner os dispositivos do Direito Internacional Privado meramente indicam qual o direito aplicável não solucionando a *quaestio iuris* propriamente dita, razão pela qual se faz primordial conhecer o conteúdo do direito aplicável. Daí, ainda, serem denominados dispositivos indicativos ou indiretos (*apud* TEIXEIRA, 2009, p. 119-120).

Importa deslindar que o DIPr refere-se somente às relações jurídicas com conexão internacional de direito privado, visto que aquelas de direito público não admitem a escolha ou indicação de um ordenamento jurídico diverso. Apesar disso, o direito público pode influenciar a relação jurídica de direito privado, uma vez que cada Estado soberano possui normas daquela natureza que demandam a sua aplicação imediata, independentemente do direito aplicável à relação jurídica de direito privado com vínculo internacional. Ante seu caráter imperativo e cogente, por conseguinte, também são denominadas de “ordem pública positiva” (RECHSTEINER, 2005, p. 8 e 17).

Importa elucidar que as normas indiretas ou indicativas do DIPr são compostas pelo objeto de conexão e pelo elemento de conexão. Assim, Rechsteiner ensina que o objeto de conexão “descreve a matéria a qual se refere uma norma indicativa ou indireta do direito internacional privado, abordando sempre questões jurídicas vinculadas a fatos ou elementos de fatores sociais com conexão internacional”, exemplifica-se pela capacidade jurídica, nome de uma pessoa ou forma de um testamento (*apud* DEL’OLMO, 2003, p. 45).

Verificada a existência de fatos ou elementos de fatores sociais com vínculo internacional, o julgador deve enquadrá-los no objeto de conexão de uma norma indicativa do DIPr da *lex fori*, sendo que a tal procedimento é atribuída a denominação de qualificação. Assim, diante de um conflito de leis no espaço, precipuamente, a primeira iniciativa deve ser a qualificação, que, segundo Rocha, é “a operação pela qual o juiz, antes de decidir, verifica, mediante a prova feita, a qual instituição jurídica correspondem os fatos realmente provados” (*apud* DEL’OLMO, 2003, p. 39; RECHSTEINER, 2005, p. 127).

Enquanto que, segundo Rechsteiner, elemento de conexão é “a parte que torna possível a determinação do direito aplicável”, ou seja, viabiliza a determinação do sistema jurídico a ser aplicado ao caso concreto. Os elementos de conexão são divididos pela doutrina em: pessoais, como a nacionalidade e o domicílio; reais, como a localização de um bem imóvel; e condutistas, como a celebração e execução de um contrato (*apud* DEL’OLMO, 2003, p. 45; NEVES, 2009, p. 188).

Desta maneira, para determinar o ordenamento jurídico aplicável a uma relação jurídica de direito privado com conexão internacional, deve-se correlacionar o elemento de conexão ao objeto de conexão compatível da norma indireta, sob pena de não ser possível a designar o direito aplicável (RECHSTEINER, 2005, p. 127).

Pode-se concluir que cada norma indicativa do DIPr corresponde a um elemento de conexão. Não obstante, esclareça-se que, em alguns casos, presenciavam-se regras de conexão alternativas, ou seja, podem ser aplicados mais de um sistema jurídico à determinada situação concreta (DEL’OLMO, 2003, p. 46).

Na Europa, por vezes, opta-se pela aplicação do princípio do “centro de gravidade”, desta forma, quando uma determinada relação jurídica possui vínculo mais intenso com um ordenamento jurídico diverso daquele apontado pelo DIPr, o correspondente ao local com a qual ela está mais intrinsecamente ligada será aplicado em detrimento da legislação apontada pela regra de conexão (DOLINGER, 2001, p. 291).

Importa observar que os elementos de conexão são opções dos Estados soberanos por um critério na designação do ordenamento jurídico aplicável quando do surgimento de conflitos de leis no espaço (TEIXEIRA, 2009, p. 125).

Os elementos de conexão, no Brasil, relacionados às obrigações podem ser divididos em três aspectos distintos e independentes, de acordo com os ensinamentos de Rodas:

- (i) os elementos de conexão relativos à capacidade das partes obrigadas, que por sua vez se subdividem naqueles concernentes à capacidade da pessoa física e naqueles atinentes à capacidade da pessoa jurídica;
- (ii) os elementos de conexão relativos às obrigações em si, subdivididos em elementos de conexão relacionados aos aspectos extrínsecos ou formais das obrigações e elementos de conexão relacionados aos aspectos intrínsecos ou de fundo das obrigações; e, por fim,
- (iii) a vontade das partes como elemento de conexão (AMARAL, 2006, p. 224-225).

Em primeiro lugar, é de extrema importância apurar a regra de conexão que determina a lei empregada quanto à capacidade das partes, visto que em alguns sistemas jurídicos são indicados elementos de conexão distintos para a capacidade de direito – aptidão para se tornar sujeito de direito – e de fato – aptidão para exercê-lo por si mesmo (RODAS, 2002, p. 22).

No que tange a capacidade das pessoas físicas, há três sistemas que determinam a legislação aplicável ao caso concreto. O sistema da territorialidade ou *lexfori*, pouco adotado posto que dificulta o comércio internacional, estabelece a aplicação da lei sobre capacidade do país a todas as pessoas que estejam em seu território, mesmo que estrangeiros e de passagem. Por outro lado, o sistema da nacionalidade ou *lexpatriae* dispõe que a capacidade da pessoa física é determinada pela lei de seu respectivo país, preceito que predomina nos países de emigração. Por fim, o sistema do domicílio ou *lexdomicilii* propugna que a lei do Estado onde o indivíduo é domiciliado rege sua capacidade. Contrariamente ao anterior, o princípio domiciliar se adapta melhor nos países de imigração, para facilitar a integração do estrangeiro na vida nacional (RODAS, 2002, p. 22-23; AMARAL, 2006, p. 225-226).

O ordenamento jurídico brasileiro adotou, por sua vez, o domicílio da parte como elemento de conexão relativo à capacidade das pessoas físicas em seu art. 7º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que assim preceitua: “a lei do país em que domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família”. Desta forma, o sistema do domicílio é em regra aplicado à capacidade, tanto de direito como de fato, das pessoas físicas. Contudo, se a lei domiciliar contrariar a ordem pública nacional, o Direito Brasileiro será imposto (RODAS, 2002, p. 28).

De outro modo, no que concerne à capacidade da pessoa jurídica é evidente que os brasileiros possuem livre capacidade de contratar no Brasil. Idêntica capacidade, outrossim, é reconhecida àquelas pessoas jurídicas estrangeiras que tiveram seus atos constitutivos aprovados pelo governo brasileiro, nos termos do § 1º, do art. 11, da Lei de Introdução citada acima. No entanto, a capacidade das pessoas jurídicas estrangeiras que não obtiveram a respectiva autorização será reconhecida com relação aos contratos concluídos no Brasil, desde que isso não signifique exercício contínuo de sua finalidade em nosso país (RODAS, 2002, p. 33).

Em segundo lugar, os elementos de conexão referentes às obrigações em si dividem-se entre aqueles relacionados com os aspectos extrínsecos ou formais das obrigações, que se destinam a verificar a manifestação da vontade em si, assim como atestar a existência dos atos jurídicos e facilitar sua prova; e aqueles relacionados com os aspectos intrínsecos ou de fundo das obrigações, que objetivam a garantir a compreensão dos atos e a genuinidade da declaração de vontade, assim como legitimidade de seu objeto (AMARAL, 2006, p. 226-227).

No Brasil, os requisitos formais ou aspectos extrínsecos dos contratos internacionais são regidos pelo princípio do *locus regit actum*, ou seja, o direito aplicável é aquele do local onde o ato foi elaborado (AMARAL, 2006, p. 227).

Quanto aos aspectos intrínsecos ou de fundo, Rodas esclarece que:

A doutrina, o direito positivo e a jurisprudência comparados apontam várias soluções, relativamente à lei aplicável à substância dos contratos: lei do lugar da execução (*lex loci executionis*), lei do lugar do contrato (*lex loci contractus*), lei pessoal do devedor (*lex patriae* ou *domicilii* do devedor), lei pessoal das partes (*lex patriae* ou *domicilii* comum das partes), lei escolhida pelas partes (*lex voluntatis*) (2002, p. 43).

Deste modo, há várias regras de conexão possíveis para se determinar o sistema jurídico aplicável com relação aos aspectos de fundo das obrigações contratuais. Contudo, no Brasil, existem dois elementos de conexão para solucionar esta situação: no caso das obrigações entre presentes será o local onde a obrigação foi constituída (*lex loci contractus*), conforme o art. 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro; e, para os contratos formados por meio de manifestações entre pessoas ausentes, a lei será da residência do proponente (AMARAL, 2006, p. 229).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da análise bibliográfica percebe-se a considerável utilização e importância dos contratos internacionais, especialmente com relação aos de transferência de tecnologia, diante da intensa interação entre os países.

Verifica-se que através do Princípio da Autonomia da Vontade, o mais específico dos contratos internacionais em geral, os contratantes possuem a liberdade de elegerem o regulamento que entenderem ser mais adequado ao negócio jurídico.

As partes podem valer-se de algum ordenamento jurídico estatal, possuindo elas mesmas a faculdade de estabelecerem as cláusulas contratuais ou, ainda, a prerrogativa de escolherem a *lex mercatoria* para reger seu acordo de vontades, sendo que, nos dias atuais, observa-se que os conflitos resultantes dos contratos internacionais privados estão sendo solucionados, principalmente, por árbitros ou câmaras arbitrais, tendo em vista sua especialidade nos assuntos em lide.

Da mesma forma, objetivando deslindar referidas divergências, o Direito Internacional Privado se utiliza de elementos de conexão, ou seja, expressões legais que indicam o direito que deve tutelar a relação jurídica em questão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Ana Paula Martins. **Lex Mercatoria e Autonomia da Vontade**. Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, v. 34, p. 85-91, abr./jul. 2002. Disponível em: <http://www.ite.edu.br/ripe_arquivos/ripe34.pdf#page=85>. Acesso em: 09 jul. 2012.

_____. **Fontes do Direito do Comércio Internacional**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 582, 9 fev. 2005. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/6261>. Acesso em: 08 jul. 2012.

AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. **Direito do Comércio Internacional: Aspectos Fundamentais**. São Paulo: Aduaneiras, 2006.

ENGELBERG, Esther. **Contratos Internacionais do Comércio**. São Paulo: Atlas, 2003.

ARAUJO, Nadia de. **Contratos Internacionais: Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

AZEVEDO, Pedro Pontes de. **A Lex Mercatoria e sua Aplicação no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Prim.facie, ano 5, n. 9, p. 93-105, jul./dez. 2006. Disponível em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/PAzevedo.pdf. Acesso em: 16 jul. 2012.

BRASIL. Código Civil. VadeMecum Saraiva. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. VadeMecum Saraiva. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996: Dispõe sobre a arbitragem. VadeMecum Saraiva. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARL, Paulo Roberto Serejo. **Conceito da Nova Lex Mercatoria e as Principais Fontes do Direito Internacional**. Disponível em: http://www.aduaneiras.com.br/noticias/artigos/artigos_texto.asp?acesso=2&busca=contratos+internacionais&ID=11125176. Acesso em: 09 jul. 2012.

CARLETTI, Amilcare. **Dicionário de Latim Forense**. São Paulo: Editora Universitária de Direito Ltda, 1995.

CORDEIRO, Douglas Alexander. **A Lex Mercatoria e as Novas Tendências de Codificação do Direito do Comércio Internacional**. Revista Brasileira de Direito Internacional, v. 7, n. 7, p. 88-132, jan./jun. 2008. Disponível em: <http://ojs.e3s1.ufpr.br/ojs-2.2.4/index.php/dint/article/viewFile/13544/10836>. Acesso em: 16 jul. 2012.

COSTA, P. A. da; MUNIZ, T. L. **Estado e Comércio Internacional: Convergências e Divergências**. Scientia Iuris, Londrina, v. 12, p. 217-233, 2008. Disponível em: <scientiaIuris2009-uel.br>. Acesso em: 09 jul. 2012.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. **Direito internacional privado: abordagens fundamentais, legislação, jurisprudência**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

DI LORENZO, Carlos Alberto. **Direito Internacional público e privado**. São Paulo: Rideel, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 3: Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais**. São Paulo: Saraiva, 2011.

DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado: (parte geral)**. Rio de Janeiro, Renovar, 2001.

DREBES, Josué Scheer. **O Contrato Internacional à Luz do Direito Internacional Privado Brasileiro**. Revista Eletrônica de Direito Internacional, v. 6, 2010, p. 190-212. Disponível em:

<http://www.cedin.com.br/revistaeletronica/volume6/arquivos_pdf/sumario/josue_drebes.pdf>. Acesso em: 05 out. 2012.

FIORATI, Jete Jane. **A Lex Mercatoria como Ordenamento Jurídico Autônomo e os Estados em Desenvolvimento**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 41, n. 164, p. 17-30, out./dez. 2004. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/28577-28595-1-PB.pdf>. Acesso em: 09 jul. 2012.

GARCEZ, José Maria Rossani. **Contratos Internacionais Comerciais: Planejamento, Negociação, Solução de Conflitos, Cláusulas Especiais, Convenções Internacionais**. São Paulo: Saraiva, 1994.

MANIRUZZAMAN, A. F. M., **TheLexMercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?** (February 5, 1999). American University International Law Review, Vol. 14, No. 3, p. 658, 1999. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1338060>. Acesso em: 03 out. 2012.

MARRONI, Fernanda. **O que se entende por Teoria da Imprevisão?**. Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes, 22 jul. 2011. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20110721185948656&mode=print>. Acesso em: 03 out. 2012.

MELO, Jairo Silva. **Contratos Internacionais e Cláusulas Hardship**. São Paulo: Aduaneiras, 2000.

MURTA, Roberto. **Princípios e Contratos em Comércio Exterior**. São Paulo: Saraiva, 2005.

NALESSO, Thiago Fernando Cardoso. **Fontes do Direito Internacional do Comércio: A Nova Lex Mercatoria e o Surgimento de um Direito Global**. Cadernos Jurídicos, p. 145-157, jan. 2011. Disponível em: <http://www.salesianocampinas.com.br/unisal/downloads/08UNI145a158.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2012.

NEVES, Gustavo Bregalda. **Direito Internacional Público e Direito Internacional Privado**. São Paulo: Atlas, 2009.

PRADO, Maurício Curvelo de Almeida. **Contrato Internacional de Transferência de Tecnologia: patente e know-how**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito Internacional Privado: teoria e prática**. São Paulo: Saraiva, 2003.

RODAS, João Grandino. **Elementos de conexão do direito internacional privado brasileiro relativamente às obrigações contratuais**. In: RODAS, J. G. (Coord.). Contratos internacionais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

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

TEIXEIRA, Carla Noura. **Direito Internacional: público, privado e dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2009.

VIDIGAL, Erick. **A Lex Mercatoria e sua Aplicação no Mundo Contemporâneo**. Universitas Relações Internacionais, p. 473-485. Disponível em: <http://publicacoes.uniceub.br/index.php/relacoesinternacionais/article/viewFile/1338/1351>. Acesso em: 16 jul. 2012.