

**OS PRINCÍPIOS DO UNIDROIT RELATIVOS AOS CONTRATOS DO
COMÉRCIO INTERNACIONAL: UMA NOVA DIMENSÃO
HARMONIZADORA DOS CONTRATOS INTERNACIONAIS**

LAURO GAMA JR.*

* Doutor em Direito. Master of Laws, McGill (Canadá). Professor de Direito Internacional Privado e Teoria Geral dos Contratos na PUC-RJ. Professor de Direito do Comércio Internacional na FGV-Rio. Advogado. Procurador do Estado. Parecerista.

1. Introdução: as mutações do contrato (inclusive o internacional)

No atual contexto econômico globalizado, seja qual for a parte do mundo em que se produzam, as trocas comerciais implicam, do ponto de vista jurídico, a formação de um *contrato*. Essa complexa relação entre pessoas e empresas, que prometem, compram e vendem bens e serviços, em pequena como em grande escala, muitas vezes ultrapassando as fronteiras nacionais, longe de ser estática, reflete a natureza dinâmica (e problemática) dos contratos contemporâneos. E, por outro lado, destaca os traços característicos do direito contratual: um direito *relativizado, historicizado e pluralista*.¹

É um direito *relativizado* porque marcado pela *fragmentação de paradigmas*. A doutrina clássica, influenciada pelo liberalismo individualista, fundava o contrato no *voluntarismo*, que imperou durante o século XIX e primeiras décadas do século XX, quando iniciativas fundadas no *dirigismo contratual* surgiram em várias partes do mundo. Atualmente, entre a *liberdade contratual* (tese) e a *ordem pública* (antítese) existem vários paradigmas, o que inviabiliza a formulação de um conceito único e abstrato de contrato.² É também um direito *historicizado* porque observa, como, de resto, o fazem outros ramos da ciência jurídica, as mutações históricas da sociedade, da economia, da política e das ciências. Se, na Idade Média, a compra e venda se concluía mediante palmadas sucessivas na mão direita do vendedor e do comprador, hoje ela se forma eletronicamente, sobre bens que não vemos e vendedores que não conhecemos.³ Qual, então, a medida comum de tais contratos? No umbral do século XXI, esse caráter histórico revela-se na criação de um novo *paradigma da confiança* na disciplina das contratações em massa (v.g., a proteção da confiança do consumidor), assim como no extraordinário desenvolvimento da Internet e do *comércio eletrônico*.⁴

Particularmente no Brasil, o caráter *pluralista* do contrato moderno surgiu como efeito da *descodificação* do direito civil. O *pluralismo* manifesta-se em várias frentes, através de fontes heteronômicas de integração do contrato.⁵ Há

¹ TEPEDINO, Gustavo. *Apresentação. Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

² NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato – Novos Paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 30-40, 290-298; CARBONNIER, Jean. *Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur*. 8. ed. Paris: L.G.D.J., p. 329; TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 2.

³ Para um panorama histórico dos contratos, ver FARNSWORTH, E. A. *Contracts*. 3. ed., Aspen Law & Business: New York, 1999, p. 9-26; GOMES, Orlando. *Contratos*. 11. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 6-10; e ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Trad. COIMBRA, Ana e GOMES, M. Januário C., Coimbra: Almedina, 1988, p. 7-72.

⁴ Sobre o comércio eletrônico, é de consulta obrigatória a recente obra de LIMA MARQUES, Claudia. *Confiança no Comércio Eletrônico e a Proteção do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, 544p.

⁵ TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 5.

L. GAMA JR.

uma pluralidade de fontes a regular o fato, de sujeitos a proteger – por vezes indeterminados (como nos interesses difusos), de agentes ativos a quem imputar a responsabilidade (como no caso de fornecedores que se organizam em cadeias), num contexto de relações despersonalizadas, múltiplas e multifacetadas. Há também o pluralismo na filosofia aceita, onde o *diálogo* é que legitima o consenso, onde os valores e princípios têm sempre uma dupla função, o *double coding*, e onde os valores são muitas vezes antinômicos.⁶

Last but not least, a *globalização econômica* também exerce pressão cambiante sobre o contrato, legitimando as normas do direito do comércio internacional e suas várias eficácias, num contexto multidimensional e policêntrico.⁷ Portanto, é com o olhar voltado para esse ambiente complexo, cambiante e multifacetado, que o operador do direito deve analisar e interpretar os *Princípios do UNIDROIT 2004*, a começar pela sua *natureza jurídica*.⁸

2. Instrumento de soft law e moderno ius commune dos contratos internacionais: a complexa natureza jurídica dos princípios do UNIDROIT 2004

No preâmbulo dos *Princípios*, onde se apontam os contextos nos quais suas normas se aplicam, não há qualquer indicação precisa sobre o seu valor como *norma jurídica*.⁹ Entretanto, não devemos cair na tentação simplista e

⁶ LIMA MARQUES, Claudia. Contratos de time-sharing e a proteção dos consumidores: crítica ao direito civil em tempos pós-modernos. In: *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 22, p. 67, abr.-jun. 1997.

⁷ O fenômeno da *globalização* é normalmente sujeito a diferentes definições, dependendo, cada qual, do ponto de vista do autor. De uma perspectiva *objetiva*, seu conceito representa a constatação do fenômeno da erosão de fronteiras nacionais em diversos segmentos (economia, política, cultura etc.), tendo em vista, notadamente, os avanços tecnológicos e a redução do custo dos transportes. De uma perspectiva *ideológica*, o conceito se acha ligado à pretensão hegemônica de certas idéias que buscam extrair dessa realidade concreta conclusões normativas, prescrições de políticas a adotar e medidas a tomar em nome de supostos determinismos externos não necessariamente coincidentes, por exemplo, com os interesses da justiça social e da distributividade. Confira-se, também, a definição autopoiética da *globalização*: “um processo policêntrico no qual, simultaneamente, diferentes setores da vida cruzam suas fronteiras regionais, constituindo, cada qual, um setor autônomo global para si” (in TEUBNER, Gunther. *Societal Constitutionalism: Alternatives to State-centred Constitutional Theory*. Storrs Lectures 2003/04, Yale Law School, p. 10). Ainda sobre *globalização*, ver FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e Globalização Econômica – implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1996, 160p.

⁸ Princípios do UNIDROIT relativos aos Contratos do Comércio Internacional, 2004. Para um estudo aprofundado dos Princípios do UNIDROIT, vide: GAMA JR., Lauro. *Contratos Internacionais à luz dos Princípios do UNIDROIT 2004 – soft law, arbitragem e jurisdição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

⁹ BASEDOW, Jürgen. Uniform law Conventions and the UNIDROIT Principles. In: *Uniform Law Review/Revue de Droit Uniforme*. The Hague: Unidroit-Kluwer Law International, 2000-1, p. 131-132. O Preâmbulo dos *Princípios* exibe a seguinte dicção: “Os Princípios seguintes estabelecem regras gerais para os contratos do comércio internacional. São aplicáveis quando as partes convencionem sujeitar-lhes o seu contrato.

conservadora, quando não açodada, de situar os *Princípios do UNIDROIT* em quaisquer das categorias jurídicas tradicionais (lei, convenção, direito costumeiro, usos e práticas comerciais etc.), e daí tirar as conclusões a respeito de seu valor e posição hierárquica no ordenamento.¹⁰ Na doutrina, há consenso no sentido de que a *dogmática jurídica* baseada no *positivismo jurídico* não dispõe de categorias que sirvam a uma adequada classificação dos *Princípios do UNIDROIT*.¹¹ Por isso, o conceito de *soft law* é o que melhor exprime a natureza jurídica dos *Princípios*, embora a expressão pareça enigmática para o civilista de tradição ibérica, pertencente a um país periférico como o Brasil.

Soft law é, na verdade, um conceito multifacetado, plural. Para alguns, designa normas de um *direito flexível*, que servem basicamente como *critério de fundamentação* de decisões ou de *legitimação* de práticas e de comportamentos típicos de natureza profissional no domínio do comércio internacional, embora sejam desprovidas de caráter vinculativo e atuem mediante a persuasão ou pelo convencimento da sua conformidade com o direito ou com a deontologia comercial.¹² Para outros, são regras de limitado valor normativo, quer porque os instrumentos que as contêm não são juridicamente obrigatórios, quer porque as disposições em causa, ainda que figurando em instrumento vinculante, não criam obrigações de direito positivo ou não criam senão obrigações pouco constringentes.¹³

Podem aplicar-se quando as partes acordarem que o contrato seja regido pelos ‘princípios gerais de direito’, pela ‘*lex mercatoria*’ ou outra fórmula semelhante. Podem aplicar-se quando as partes não houverem escolhido um direito em particular para reger seu contrato. Podem ser utilizados para interpretar ou integrar outros instrumentos de direito internacional uniforme. Podem ser utilizados para interpretar ou complementar o direito nacional. Podem servir de modelo aos legisladores nacionais e internacionais.”

¹⁰ Para uma análise mais profunda do tema, que afasta a natureza jurídica dos *Princípios do UNIDROIT 2004* dos conceitos tradicionais de cláusulas contratuais gerais, *lex mercatoria* e princípios gerais do direito, vide: GAMA JR., Lauro. *Contratos Internacionais à luz dos Princípios do UNIDROIT 2004 – soft law, arbitragem e jurisdição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

¹¹ BASEDOW, Jürgen. Uniform law Conventions and the UNIDROIT Principles. In: *Uniform Law Review/Revue de Droit Uniforme*. The Hague: Unidroit-Kluwer Law International, 2000-1, p. 132-133. Segundo o autor, “[s]uch an investigation would be of little avail, since it would be clear from the outset that the UNIDROIT Principles do not fit into any of the traditional categories. Their normative quality can only be assessed by a new theoretical reflection. It has to cross the traditional borderline between law and fact, between precepts and habits, and it must overcome the positivist concept that lawmaking is the exclusive prerogative of the State, to the effect that normative texts can only produce a binding effect if they have been approved in the proper constitutional manner.”

¹² MARQUES DOS SANTOS, Antônio. *Direito Internacional Privado*. In: LIMA MARQUES, Claudia e ARAÚJO, Nadia (org.). *O Novo Direito Internacional – Estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 34.

¹³ SALMON, Jean. *Dictionnaire de droit international public*. Bruxelles: Bruylant/AUF, 2001, p. 1039, nota 6. (tradução livre). Para um desdobramento do conceito de *soft law*, vide: NASSER, Salem H. *Fontes e Normas do Direito Internacional – Um Estudo sobre a Soft Law*. São Paulo: Atlas/FGV, 2005, p. 25.

L. GAMA JR.

Exemplo marcante de *soft law* (todavia não ligado ao direito do comércio internacional de que ora falamos) são as *Quarenta Recomendações do Grupo de Ação Financeira sobre o Branqueamento de Capitais*, que “obrigam” cerca de 130 países à observância de padrões no combate à lavagem de dinheiro.¹⁴

Como espécie de *soft law*, os *Princípios do UNIDROIT* traduzem a tendência global de harmonização do direito do comércio internacional por vias alternativas ao *hard law* elaborado pelos Estados nacionais, mediante tratados e convenções internacionais. Até mesmo o emprego do termo “*Princípios*” pelo UNIDROIT significa uma dignificação das formas jurídicas mais flexíveis que os códigos positivistas clássicos. Sua missão, como indica a semântica do termo, é guiar e informar (as partes, o árbitro, o juiz e o legislador), sem a pretensão de incorporar-se formalmente aos ordenamentos estatais.¹⁵

Essa especial natureza dos *Princípios do UNIDROIT* deriva igualmente da ênfase que suas normas colocam nos *costumes, usos comerciais* e outras regras cuja autoridade primária acha-se fora do comando legislativo positivo do Estado (o que revela seu vínculo com as teorias pós-positivistas do direito), bem como da importância que dedicam à *autonomia privada das partes*. De mais a mais, o desenvolvimento de novos tipos contratuais – como os surgidos com o comércio eletrônico – e sua consolidação no domínio do direito do comércio internacional vão tornando porosa a fronteira que separa a *soft law* e a *hard law*.

Não constitui exagero afirmar que os *Princípios do UNIDROIT* possuem contornos de um *ius gentium* moderno dos contratos internacionais. Sua autoridade normativa deve-se, dentre 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, arbitragens e litígios judiciais de caráter internacional. Prova eloqüente de sua aceitação entre os operadores do direito é o fato de, pouco mais de dez anos a partir de sua edição, em maio de 1994, terem sido repertoriados perto de 130 casos de aplicação dos *Princípios do UNIDROIT* por tribunais judiciais e

¹⁴ Para mais informações sobre o FATF-GAFI, ver o sítio Internet: www.fatf-gafi.org (último acesso: 13.03.2005). Veja-se também o sítio Internet do Ministério da Justiça brasileiro: www.mj.gov.br (último acesso: 13.03.2005).

¹⁵ ROSETT, Arthur e GORDON, Michael W. *United States – national report*. In: BONELL, M. J. (ed.) *A New Approach to International Commercial Contracts – The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*. XVth International Congress of Comparative Law (Bristol, 26 July – 1 August 1998), The Hague: Kluwer Law International, 1999, p. 389. O jurista venezuelano Gonzalo PARRA-ARANGUREN também concebe os *Princípios* como uma espécie de *soft law* “cuya aplicación dependerá del convencimiento de su valor intrínseco” (cf. *La Importancia del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) en la Futura Uniformidad Jurídica del Hemisferio Americano*. In: *Cursos de Derecho Internacional – serie temática – El Derecho Internacional Privado en las Américas (1974-2000)*. Washington D.C. : Secretaria General OEA, volumen I (Parte 1), 2002, p. 913).

arbitrais.¹⁶ Sem contar os casos que, em virtude do sigilo característico das arbitragens, jamais foram publicados.

Em suma: é correto afirmar que os *Princípios do UNIDROIT* possuem, pelo menos, duas características marcantes: (i) constituem uma espécie de *soft law*, sem efeito vinculante, e destinam-se a atuar em conjunto com outras fontes do direito, num contexto de pluralismo jurídico, e (ii) têm a vocação de um *ius commune* moderno, de caráter transnacional, relativo aos contratos do comércio internacional.

Vejamos, adiante, de uma perspectiva interna, os principais aspectos dos *Princípios 2004*.

3. Estrutura formal, apresentação, conteúdo e propósito dos princípios do UNIDROIT

Os *Princípios* contêm 185 artigos, divididos em dez capítulos, e precedidos de um “Preâmbulo” indicativo do propósito de suas normas. Tais capítulos trazem “Disposições gerais” sobre os contratos internacionais (Cap. 1), e disciplinam, sucessivamente, a “Formação do contrato e o Poder de representação” (Cap. 2), sua “Validade” (Cap. 3) e “Interpretação” (Cap. 4), o “Conteúdo do contrato e os Direitos de terceiros” (Cap. 5), a “Execução” (Cap. 6) e a “Inexecução” do contrato (Cap. 7), a “Compensação” (Cap. 8), “Cessão de créditos, dívidas e contratos” (Cap. 9) e normas sobre os “Prazos de prescrição” (Cap. 10).¹⁷

3.1 Apresentação

Do ponto de vista formal, os *Princípios* inspiram-se no *Restatement (Second) of Contracts* norte-americano.¹⁸ Cada norma é precedida de um título, que

¹⁶ A aplicação dos Princípios do UNIDROIT pelos tribunais arbitrais e estatais vem sendo repertoriada na *Uniform Law Review/Revue de Droit Uniforme*, publicada pelo UNIDROIT, bem como no banco de dados eletrônico UNILEX, cujo acesso dá-se através do sítio Internet: www.unilex.info (último acesso: 13.11.2005).

¹⁷ Inexistindo, ainda, uma versão brasileira dos *Princípios do UNIDROIT 2004*, elaboramos uma ao longo do trabalho, com base nas versões oficiais (comentadas) em inglês e francês, publicadas pelo UNIDROIT em 2004, e na versão provisória em língua portuguesa, de 1995, publicada pelo Ministério da Justiça de Portugal. Para uma versão integral das *black-letter rules* em português, vide: GAMA JR., Lauro. *Contratos Internacionais à luz dos Princípios do UNIDROIT 2004 – soft law, arbitragem e jurisdição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

¹⁸ O *Restatement (Second) of Contracts* (American Law Institute, 1981) consiste numa completa revisão e atualização do *Restatement* de 1932, contemplando inclusive normas inspiradas no *Uniform Commercial Code*. Divide-se em três volumes de normas e vários apêndices: os volumes 1, 2 e 3 tratam, *inter alia*, do significado de termos contratuais, formação dos contratos, capacidade contratual, fraude, obrigações contratuais, execução e inexecução, solidariedade, cessão e remédios. Os volumes 4 a 6 contêm jurisprudência estadual e federal anterior a 1978; os volumes 7 e 8 atualizam o volume 6 e incluem jurisprudência sobre o *Restatement (Second)*; o volume 9 atualiza os volumes 4, 5 e 8 até 1991; finalmente, os volumes 10 e 11 contêm atualizações até 2001. Alguns poucos

antecipa seu conteúdo, e se faz acompanhar de comentários oficiais do UNIDROIT. Embora não-vinculantes, tais comentários conferem às normas dos *Princípios* uma interpretação autêntica e auxiliam na sua compreensão pelo operador do direito. Há, igualmente, ilustrações sobre os diversos modos de sua aplicação prática, o que ressalta o enfoque pragmático e uniformizador que norteou sua elaboração.¹⁹

Contudo, as semelhanças com o *Restatement* param aí. Em termos substanciais, as normas dos *Princípios* mais se aproximam do estilo empregado nos códigos civilistas que do utilizado nos *statutes* do *common law*.²⁰

3.2 Terminologia jurídica

Nesse aspecto, os *Princípios* deliberadamente evitaram o uso de terminologia peculiar a qualquer sistema jurídico contemporâneo. Por vezes, empregaram-se termos e expressões de uso corrente na *prática contratual internacional*, visando à criação, no futuro, de um novo vocabulário jurídico, próprio dos contratos do comércio internacional.²¹ Exemplo disto é o *hardship*, utilizado nos arts. 6.2.1 a 6.2.3 dos *Princípios*, cuja acepção abrange situações tratadas diversamente em vários sistemas nacionais: v.g., *impracticability* e *frustration of purpose* (EUA),²² imprevisão (Alemanha, Itália, Brasil),²³ e excessiva onerosidade superveniente (Itália, Brasil).²⁴

trechos do *Restatement*, em versão eletrônica, acham-se em: www.okcu.edu/law/academics/images/pdf/fall_2003/gibson_restatement2nd.pdf (último acesso: 13.04.2004). Para maiores informações, ver o sítio Internet do American Law Institute: <http://www.ali.org/> (último acesso: 13.04.2004).

¹⁹ Para uma visão geral dos *Princípios*, ver, entre outros: BONELL, M. J. *An International Restatement of Contract Law – The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*. 3d. ed., Ardsley, New York: Transnational Publishers, 2005; *General Report*. In: BONELL, M. J. (org.), *A New Approach to International Commercial Contracts – The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, The Hague: Kluwer Law International, 1999, p. 2-17; PERALES VISCASILLAS, M. del Pilar. UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Sphere of Application and General Provisions. In: *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 13, Fall 1996, p. 381-441.

²⁰ BONELL, M. J. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Why? What? How? In: *Tulane Law Review*, vol. 69, April 1995, p. 1128. Compare-se, por exemplo, a definição de *oferta* contida no § 24 (*offer defined*) do Restatement (Second) of Contracts e a do art. 2.1.2 dos *Princípios*.

²¹ BONELL, M. J. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Why? What? How? In: *Tulane Law Review*, vol. 69, April 1995, p. 1128.

²² Em termos gerais, segundo a doutrina da *impracticability*, o contratante é escusado de cumprir o contrato quando “(1) an event unexpected at the time of contracting makes one’s performance commercially impracticable, and (2) one ought not to bear the loss from the occurrence of the event.” Por outro lado a *frustration of purpose* também exonera o contratante do cumprimento da obrigação quando “(1) an event unexpected at the time of contracting makes one’s performance lose its essential point, and (2) one ought not to bear the loss from the occurrence of the event.” Sobre os temas, vide FARNSWORTH, E. A. *Contracts*. 3. ed. New York: Aspen Law & Business, 1999, p. 637-667.

Noutras situações, os *Princípios* cunharam termos e expressões inteiramente novos, como, por exemplo, *inexecução (non-performance)*: incomum, porém abrangente, tal expressão tomou o lugar de noções tradicionais, mas nem sempre idênticas, como *breach* (quebra),²⁵ inadimplemento,²⁶ e *ritardo*.²⁷ De fato, o art. 7.1.1 dos *Princípios* define *inexecução* de modo amplo, incluindo todas as formas de execução defeituosa ou tardia da obrigação, bem como a sua inexecução total. De outro lado, abrange toda e qualquer inexecução, seja ela imputável ou não ao devedor da obrigação.²⁸

Mesmo nos casos em que os *Princípios* utilizaram linguagem peculiar de determinado sistema ou tradição jurídica (*vide*, por exemplo, *força maior* no art. 7.1.7), sua compreensão deve fazer-se de modo autônomo, apenas no contexto dos *Princípios* e sem referência ao significado que porventura lhe empreste, tradicionalmente, o direito nacional concernente.²⁹

²³ Em termos gerais, a *teoria da imprevisão* define-se como resposta ao problema encontrado pelo devedor de uma obrigação pela superveniência imprevisível de eventos que alteram consideravelmente o equilíbrio das prestações, tais como inicialmente ajustadas pelos contratantes. Um interessante trabalho histórico-comparativo sobre a *teoria da imprevisão* encontra-se em: BÉDARD, Julie. Réflexions sur la théorie de l'imprévision en droit québécois. In: *Revue de droit de McGill/McGill Law Journal*, vol. 42, 1997, p. 761-796.

²⁴ Em termos gerais, a *teoria da onerosidade excessiva* autoriza a resolução do contrato quando a prestação devida por uma parte se torna excessivamente onerosa, em virtude de desequilíbrio posterior da economia contratual, causado por acontecimentos excepcionais e supervenientes à sua formação, que superem a álea normal do contrato. Ver, sobre o tema, ROPPO, Enzo. *O Contrato*. trad. COIMBRA, Ana e GOMES, M. J. C., Coimbra: Almedina, 1988, p. 254-264.

²⁵ A expressão *breach of contract* significa “failure, without legal excuse, to perform any promise which forms the whole or part of a contract”, segundo o *BLACK'S LAW DICTIONARY*, 6th ed., St. Paul: West Publishing Co., 1991, p. 188-189.

²⁶ No Brasil, embora o novo Código Civil, de 2002, adote esparsamente o termo *inexecução* (arts. 403 – perdas e danos, 409 – cláusula penal, 418 – arras ou sinal, 555 e 562 – encargos da doação), o termo *inadimplemento* é o utilizado para disciplinar a inexecução das obrigações (arts. 389 a 420). A doutrina considera a *inexecução*, em termos gerais, como um modo anormal de extinção do contrato, superveniente à sua formação e identificado à resolução (*cf.* GOMES, Orlando. *Contratos*. 11. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 188-189).

²⁷ BONELL, M. J. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Why? What? How? In: *Tulane Law Review*, vol. 69, April 1995, p. 1128.

²⁸ Princípios do UNIDROIT, art. 7.1.1 e respectivo comentário. A norma é vazada nos seguintes termos: “Entende-se por inexecução o não cumprimento por uma parte de qualquer das obrigações decorrentes do contrato, incluindo a execução tardia e a execução defeituosa.”

²⁹ BONELL, M. J. *ob.cit.* nota *supra*, p. 1129; e Princípios do UNIDROIT art. 7.1.7 e respectivo comentário. O comentário oficial explica que esta norma abrange, nos sistemas de *common law*, as doutrinas da *frustration* e da *impossibility of performance*, e, nos sistemas civilistas, as idéias de *força maior* e *Unmöglichkeit*. Porém, com elas não se confunde.

3.3 Conteúdo

Os *Princípios* versam, principalmente, *normas gerais* sobre contratos: normas que possuem um traço comum com a maioria dos sistemas jurídicos contemporâneos e aspiram, além disso, prover as soluções mais adaptadas às exigências específicas do comércio internacional, mesmo que tais respostas ainda não sejam amplamente aceitas. Assim, quando da seleção das normas integrantes dos *Princípios*, consideraram-se, dentre outros elementos, a sua *força persuasiva* ou sua *particular adequação* à disciplina das operações internacionais, ou, em conjunto, ambos os fatores.³⁰

Há exemplos claros de *normas inovadoras* (ao menos em relação a certos direitos nacionais), cuja existência justifica-se, em parte, para melhor satisfazer as exigências da prática comercial internacional, e também pela necessidade de levar em conta a diversidade de condições econômicas e políticas do mundo atual. Há normas destinadas a *preservar o contrato*, mediante a limitação das hipóteses em que se permite questionar a sua existência ou validade, ou pôr-lhe um termo antecipadamente, numa clara afirmação do princípio *favor contractus* (também conhecido como *princípio da conservação*).³¹ De igual modo, a norma do art. 3.2 (*validade do mero acordo*), que dispensa a *consideration*³² e a *causa*³³ como requisitos de validade ou eficácia do contrato.³⁴ Ou, ainda, o atual artigo 1.11, que define o termo “*escrito*” de modo amplo, nele incluindo qualquer forma de comunicação que permita conservar a informação nela contida e que seja suscetível de reprodução em formato tangível.³⁵

³⁰ *Id.* p. 1129.

³¹ *Id.* p. 1131.

³² Os sistemas do *common law* exigem, além da oferta e da aceitação –consenso–, a *consideration* para a validade ou eficácia do contrato, bem como para sua modificação ou extinção pelas partes. Em poucas linhas pode-se apenas dar uma vaga noção dessa doutrina fundamental do *common law*, aproximando-a da idéia de *sinagma*. É preciso, portanto, que se estabeleça, no acordo de vontades, uma relação de *benefício e detrimento* entre as partes, sem a qual não há contrato. A doação, por exemplo, não é normalmente considerada *contrato* nos direitos do *common law*. Para maiores informações sobre o tema, vide FARNSWORTH, E. A. *Contracts*. 3^a ed. New York: Aspen Law & Business, 1999, p. 45-50.

³³ Em alguns sistemas da tradição civilista (v.g., Itália e França) a *causa* constitui elemento necessário do contrato. De inspiração canônica, a definição da causa atualmente liga-se à função econômico-social do contrato, mas exige uma certa invasão do campo psicológico do obrigado para a sua caracterização. Daí a utilidade de noções como *falsa causa* e *causa ilícita* para justificar a invalidação do contrato quando o propósito negocial seja contrário à lei ou à moral (v.g., doação em recompensa de serviços ilícitos, pagamento de preço menor pelo receptor). Para maiores informações sobre o tema, ver GOMES, Orlando. *Contratos*. 11. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 56-58.

³⁴ Princípios do UNIDROIT, art. 3.2 (*validade do mero acordo*): “Para concluir, modificar um contrato ou extingui-lo, basta o acordo das partes, sem necessidade de qualquer outro requisito.”

³⁵ Princípios do UNIDROIT, art. 1.11: “Para efeitos destes Princípios: (...) – o termo ‘escrito’ abrange qualquer forma de comunicação que permita conservar a informação nela contida e que possa ser reproduzida de forma tangível.”

Na revisão de 2004, acresceram-se normas sobre outros aspectos relevantes da contratação internacional -ainda que alguns deles não ostentem natureza estritamente *contratual*-, como a *representação comercial*, *direitos de terceiros*, *compensação*, *cessão de créditos*, *dívidas e contratos*, e *prazos de prescrição*.

3.4 Técnica normativa

Os *Princípios* possuem inúmeras *cláusulas gerais*, cuja característica básica e função primordial é regular um vasto número de situações jurídicas, mais amplo que o alcançado por normas casuisticamente elaboradas. Conceitualmente, a *cláusula geral* indica a formulação de uma hipótese legal com elevado grau de *abertura semântica* e *indeterminação* (ou um modelo jurídico aberto), que é colmatada caso a caso, diante de considerações concretas, pelo juiz ou pelo árbitro. Nesse sentido, contrapõe-se à elaboração casuística das hipóteses legais; noutro sentido, constituem espécie de *metanorma* cuja função é remeter o juiz ou árbitro para critérios de aplicação do direito que não são *determinados*, mas apenas *determináveis*.³⁶

Nos *Princípios do UNIDROIT*, normas como a do art. 1.7 exprimem a idéia fundamental de *boa-fé e lealdade negocial* no comércio internacional, concretizando-se à luz das peculiaridades de cada espécie e dos valores específicos desse sistema, além de pautar o comportamento dos contratantes em todas as fases do ajuste e orientar a aplicação de outras normas do conjunto.³⁷ Outro exemplo de cláusula geral vem do atual art. 1.9, que vincula as partes a todo e qualquer *uso ou prática* que hajam acordado ou estabelecido entre si. Tal artigo exige que as partes se curvem ao *uso largamente conhecido e regularmente observado* no comércio internacional, salvo nos casos em que sua aplicação seja *irrazoável*.³⁸ Mencione-se, também, o art. 3.5 (*erro determinante*), que estabelece uma norma aberta, permitindo a concretização do erro à luz das circunstâncias do caso concreto, da razoabilidade e da lealdade negocial.³⁹

Desse modo, as normas dos *Princípios* são particularmente aptas para atuar em *diálogo* com outras fontes do direito, seja complementando-as, quando em

³⁶ MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “sistema em construção” – As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, v. 139, jul/set 1998, p. 6-7. Ver também sobre o tema: AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Projeto de Código Civil: As Obrigações e os Contratos. In: *Revista de Direito Renovar*, Rio de Janeiro: Renovar, n. 15, a. 5, set/dez 1999, p. 22; WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. trad. de HESPANHA, A.M.B., 2. ed., Lisboa: Fund. Calouste Gulbekian, 1993, p. 545 *passim*; DAWSON, John P. *The General Clauses, Viewed from a Distance*. In: 41 *Rabels Zeitschrift*, v. 3, 1977, p. 441 e ss; SCHLECHTRIEM, Peter. *The General Clauses in the National Laws – Theory and Practice in Germanic, Dutch and the Scandinavian Legal Systems*. disponível no sítio Internet: www.secola.org/vortraege/paris/Schlechtriem.pdf (último acesso: 20.03.2005).

³⁷ Princípios do UNIDROIT, art. 1.7 e respectivo comentário.

³⁸ Princípios do UNIDROIT, art. 1.9 e respectivo comentário.

³⁹ Princípios do UNIDROIT, art. 3.5 e respectivo comentário.

L. GAMA JR.

face de suas lacunas, seja iluminando-as acerca de aspectos particulares do direito do comércio internacional.

3.5 Contextos de utilização

Os *Princípios do UNIDROIT* indicam que suas normas acham-se abertas a diversas utilizações, todas ligadas à disciplina dos *contratos do comércio internacional*. Nessa condição, podem ser (i) o direito aplicável ao contrato, escolhido pelas partes; (ii) o direito aplicável ao contrato, quando as partes hajam indicado “princípios gerais do direito” ou a “*lex mercatoria*” para regê-lo; (iii) o direito aplicável, quando as partes não houverem escolhido o direito aplicável ao contrato; (iv) o direito supletivo (ou auxiliar da interpretação) de outros instrumentos internacionais de direito uniforme, aplicáveis ao contrato; (v) o direito supletivo (ou auxiliar da interpretação) do direito nacional aplicável; e (vi) um modelo para legisladores nacionais e internacionais.

O elenco original de hipóteses de utilização dos *Princípios* não contemplava alguns cenários de utilização de suas normas. Um deles é a *interpretação do direito nacional* aplicável ao contrato através de normas transnacionais (como os *Princípios*), especialmente quando tal direito se exprime através de *cláusulas gerais*. Não se trata, aqui, de invocar os *Princípios* como direito aplicável ao contrato, em *substituição* ao direito nacional, quando, por exemplo, as partes os tenham indicado nominalmente, ou, ainda, tenham indicado como *lex contractus* os “princípios gerais” ou a *lex mercatoria*. Tampouco se trata de aplicá-los *supletivamente* ao direito nacional, quando neste não se encontre a norma aplicável ao contrato. Trata-se, pois, de aplicar e interpretar o direito nacional levando em consideração os *Princípios do UNIDROIT*, para conferir às regras nacionais um *status* transnacional,⁴⁰ de maneira “deslocalizada” do contexto doméstico.⁴¹

Exemplo disso foi a solução encontrada para um litígio entre empresa norte-americana e uma estatal argelina, relativo a projeto, produção, operação inicial e administração de instalações industriais. Segundo o ajuste, a contratante argelina obrigou-se, dentre outros, ao pagamento de um valor fixo e outro proporcional por cada máquina fabricada pela outra parte. Após a cessação de tais pagamentos pela estatal argelina, sob o fundamento de que a outra parte não aperfeiçoara o maquinário de modo relevante para o incremento da produção, e a alegação pela contratante norte-americana de que a parte argelina descumprira não apenas os pagamentos avençados, mas também outras obrigações que lhe incumbiam, instituiu-se uma arbitragem sob a égide da CCI. Observando a ata de missão, o

⁴⁰ Princípios do UNIDROIT, Preâmbulo: “(...) Podem ser utilizados para interpretar ou complementar o direito nacional.”

⁴¹ MARRELLA, Fabrizio. Choice of Law in Third-Millennium Arbitrations: The Relevance of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. In: *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 36, 2003, p. 1167-1168. Indica o autor que esse modo de aplicação foi utilizado em 48% das arbitragens realizadas pela CCI entre 1999 e 2001 que utilizaram os *Princípios do UNIDROIT*.

tribunal levou em consideração, na disputa, *as leis da Argélia, os princípios gerais do direito e os usos do comércio internacional*.

Para determinar se houvera rompimento do contrato, como argüido durante o procedimento, os árbitros referiram-se aos *princípios gerais* e decidiram que a *inexecução do contrato* por ambas as partes não induzia ao seu desfazimento nem à sua nulidade. A aplicação de tais princípios evidenciava, ao contrário, a vontade comum das partes de permanecerem vinculadas pelo contrato, tal como previsto, igualmente, no art. 106 do Código Civil argelino, cuja dicção prevê que o contrato faz lei entre as partes e não pode ser desfeito nem modificado sem o consentimento mútuo ou segundo as causas previstas na lei. Assim, o tribunal considerou que a parte argelina cumprira suas obrigações, mas ordenou-lhe o pagamento das verbas devidas à outra parte. Com base no art. 7.4.3 (2) dos *Princípios do UNIDROIT*, condenou a empresa norte-americana a indenizar a estatal argelina pela “*perda da oportunidade de rentabilizar convenientemente instalações industriais onerosas*”, que resultou, ao menos em parte, do comportamento reticente da norte-americana quanto às obrigações relativas à transferência de tecnologia.⁴²

Também vale notar que os *Princípios* consistem em alternativa interessante e viável para os contratantes que, na esfera internacional, relutam em aceitar (ao menos exclusivamente) o direito nacional de uma das partes para disciplinar a relação. As partes podem, assim, ultrapassar as dificuldades enfrentadas na escolha do direito aplicável ao contrato internacional, e reduzir as incertezas que surgem em tais situações, mediante a utilização de um conjunto normativo, política e nacionalmente neutro, traduzido em mais de uma dezena de línguas,⁴³ e não identificado com qualquer ordem jurídica em particular, tampouco com nenhum sistema econômico específico.⁴⁴ Os *Princípios do UNIDROIT*, como

⁴² ICC Award Number 8264 (1997), in www.unilex.info (ultimo acesso: 23.03.2005). Ver também: MARRELLA, Fabrizio. Choice of Law in Third-Millennium Arbitrations: The Relevance of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. In: *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 36, 2003, p. 1169-1171. O art. 7.4.3 dos *Princípios*, que versa a *certeza do prejuízo*, estipula que: “(2) A perda de uma expectativa pode ser ressarcida na medida da probabilidade da sua realização.”

⁴³ Há versões oficiais dos *Princípios* em: inglês, francês, alemão, italiano e espanhol. Além dessas, há versões em chinês, coreano, russo e turco, todas disponíveis no *website* do UNIDROIT: www.unidroit.org.

⁴⁴ FARNSWORTH, E. A. The American Provenance of the UNIDROIT Principles. In: *Tulane Law Review*, vol. 72, June 1998, p. 1989. Esse jurista, que representou os Estados Unidos na CNUDCI/UNCITRAL durante os trabalhos de elaboração da Convenção da ONU sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias (Viena, 1980) e também fez parte do Grupo de Trabalho que elaborou os *Princípios do UNIDROIT* sublinha a natureza *política* do ambiente de trabalho na UNCITRAL (porque os delegados lá presentes representavam seus respectivos governos, que se agruparam em blocos regionais), ao passo que no UNIDROIT o ambiente era *apolítico* (porque os participantes lá estavam em virtude de suas capacidades pessoais, e não como representantes nacionais).

lembra Jacob Dolinger, “ressaltam a importância de estabelecer uma ponte entre as soluções de conflitos (de leis) e a sua respectiva prevenção.”⁴⁵

Compendiando os itens precedentes, pode-se afirmar que a estrutura formal, a apresentação, o conteúdo e o propósito dos *Princípios do UNIDROIT* revelam – sobretudo para nós, civilistas latino-americanos – um conjunto normativo inédito, dotado de múltiplas potencialidades no âmbito dos contratos internacionais, mas ainda desconhecido dos operadores do direito.

4. Os traços fundamentais dos *Princípios do UNIDROIT*

No âmbito deste trabalho seria impossível analisar todos os 185 artigos dos *Princípios*. Para não frustrar o leitor interessado, destacamos dentre eles os que constituem *princípios fundamentais* dos contratos comerciais internacionais, e, como tal, acham-se incluídos no elenco de suas *disposições gerais*, ou, ainda, são reconhecidos pela doutrina e encontrados alhures nos *Princípios*.⁴⁶ Confirmam-se:

- (a) Princípio da liberdade contratual⁴⁷
- (b) Princípio do consensualismo (liberdade de forma e de prova)⁴⁸
- (c) Princípio da força obrigatória do contrato⁴⁹
- (d) Princípio da primazia das regras imperativas⁵⁰
- (e) Princípio da natureza dispositiva dos *Princípios*⁵¹

⁴⁵ DOLINGER, Jacob. Evolution of the Principles for Resolving Conflicts in the Field of Contracts and Torts. In: *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International de la Haye*. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, vol. 283, 2000, p. 201.

⁴⁶ Como o *princípio do 'favor contractus'* e o da *sanção aos comportamentos desleais* mencionados em BONELL, M. J. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Why? What? How? In: *Tulane Law Review*, vol. 69, April 1995, p. 1137, 1139-1140.

⁴⁷ Princípios do UNIDROIT, art. 1.1 (*liberdade contratual*): “As partes são livres para celebrar um contrato e determinar o seu conteúdo.”

⁴⁸ Princípios do UNIDROIT, art. 1.2 (*forma do contrato*): “Os Princípios não impõem que o contrato, a declaração ou qualquer outro ato seja concluído ou provado por uma forma especial. O contrato pode ser provado por quaisquer meios, inclusive por testemunhas.”

⁴⁹ Princípios do UNIDROIT, art. 1.3 (*força obrigatória do contrato*): “Um contrato validamente concluído vincula as partes contratantes. As partes somente podem modificá-lo ou extingui-lo de conformidade com as respectivas disposições, mediante comum acordo ou ainda pelas causas enunciadas nestes Princípios.”

⁵⁰ Princípios do UNIDROIT, art. 1.4 (*regras imperativas*): “Estes Princípios não limitam a aplicação de regras imperativas, de origem nacional, internacional ou supranacional, aplicáveis segundo as regras pertinentes do direito internacional privado.”

⁵¹ Princípios do UNIDROIT, art. 1.5 (*exclusão ou modificação por acordo das partes*): “As partes podem excluir a aplicação destes Princípios, derogar ou modificar os efeitos de qualquer uma de suas disposições, salvo quando estes Princípios disponham de modo contrário”. Os modelos de cláusulas sugeridas pelo UNIDROIT para a aplicação dos *Princípios* a contratos internacionais confirmam a norma do art. 1.5. Confira-se: “O presente contrato será regido pelos Princípios do UNIDROIT (2004) [à exceção dos artigos ...]”, ou, “O presente contrato será regido pelos Princípios do UNIDROIT (2004) [à exceção dos artigos ...], completados se for o caso pelo direito [do país X].”

- (f) Princípios da internacionalidade e uniformidade⁵²
- (g) Princípio da boa-fé e lealdade negocial⁵³
- (h) Vedação do *venire contra factum proprium*⁵⁴
- (i) Princípio da primazia dos usos e práticas⁵⁵
- (j) Princípio do *favor contractus*⁵⁶
- (k) Princípio da sanção aos comportamentos desleais.⁵⁷

Esses princípios correspondem, em sua maioria, aos consagrados no direito contratual brasileiro, o que demonstra o amplo espaço de *diálogo* a ser estabelecido no ambiente jurídico nacional, quer em sede arbitral e judicial, ou mesmo doutrinária. Vejam-se, adiante, as características mais salientes dos capítulos que compõem os *Princípios*.

4.1 Formação do contrato e representação comercial (Capítulo 2, Seções 1 e 2)

Os *Princípios* regulam a formação do contrato levando em conta o critério tradicional da convergência de duas declarações de vontade: a *oferta* e a *aceitação*. Como regra geral, uma vez manifestada eficazmente a aceitação relativa à oferta, reputa-se concluído o contrato e vinculadas as partes às suas

⁵² Princípios do UNIDROIT, art. 1.6 (*interpretação e integração dos Princípios*): “(1) Na interpretação dos Princípios ter-se-á em conta o seu caráter internacional e a sua finalidade, notadamente a necessidade de promover a uniformidade de sua aplicação. (2) As questões que se encontrem no âmbito de aplicação dos Princípios, mas não sejam por estes expressamente disciplinadas, serão, na medida do possível, resolvidas em conformidade com os princípios gerais em que os Princípios se inspiram.”

⁵³ Princípios do UNIDROIT, art. 1.7 (*boa-fé e lealdade negocial*): “(1) As partes devem proceder em conformidade com as exigências da boa-fé no comércio internacional. (2) As partes não podem excluir nem limitar o alcance desta obrigação.”

⁵⁴ Princípios do UNIDROIT, art. 1.8 (*proibição de comportamento contraditório*): “Uma parte não pode agir em contradição com uma expectativa que suscitou na outra parte quando esta última tenha razoavelmente confiado em tal expectativa e, em consequência, agido em seu próprio detrimento.”

⁵⁵ Princípios do UNIDROIT, art. 1.9 (*usos e práticas*): “(1) As partes vinculam-se pelos usos aos quais tenham consentido e pelas práticas que tenham estabelecido entre si. (2) As partes vinculam-se aos usos que, no comércio internacional, sejam amplamente conhecidos e regularmente observados pelos contratantes no ramo comercial concernente, salvo quando a aplicação de tais usos não seja razoável.”

⁵⁶ *Vide*, por exemplo, as normas dos Princípios do UNIDROIT sobre a formação e a validade do contrato: arts. 2.1.1 (*modo de formação*), 2.1.11 (*modificação da aceitação*), 3.2 (*validade do mero acordo*), 3.3 (*impossibilidade inicial*); bem assim sobre a preservação do contrato: arts. 6.2.1 a 6.2.3, sobre o *hardship*, 7.3.1 a 7.3.6, sobre a *resolução*, e 7.1.4, sobre a *correção* pelo devedor.

⁵⁷ *Vide*, por exemplo, a norma dos Princípios do UNIDROIT que punem a *má-fé nas negociações* (art. 2.1.15), e que possui a seguinte dicção: “(1) As partes são livres para negociar e não podem ser responsabilizadas caso não cheguem a um acordo. (2) Entretanto, a parte que age de má-fé na condução ou ruptura das negociações fica responsabilizada pelos prejuízos que causar à outra parte. (3) Considera-se especialmente de má-fé a parte que entabula ou desenvolve negociações sabendo que não tem intenção de chegar a um acordo com a outra parte.”

respectivas obrigações.⁵⁸ Nesse contexto, impera a *liberdade das formas*, derivada do *consensualismo* (art. 1.2 dos *Princípios*), que dispensa outras condições de formação do vínculo, como a *consideration* ou a *causa*.⁵⁹ Outros artigos dessa seção inovam em relação à Convenção de Viena sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias,⁶⁰ diploma contemporâneo dos *Princípios*, e incluem o tratamento da *confirmação por escrito* (art. 2.1.12), do *contrato com cláusulas a determinar* (art. 2.1.14), das *negociações de má-fé* (art. 2.1.15) e do *dever de confidencialidade* (art. 2.1.16).

Mencione-se, ainda, a regra do art. 2.1.17 sobre as *cláusulas de integralidade* (“*merger clauses*”). Tais cláusulas são freqüentes em contratos que envolvam partes afeitas ao *common law* e restringem determinados modos de prova do contrato. O artigo prevê que as declarações ou acordos anteriores à celebração do contrato não podem contradizer os termos deste último, mas admite que possam servir de elementos interpretativos do acordo de vontades.⁶¹ A norma é relevante porque, no *common law*, a *parol evidence rule* impede a interpretação das intenções manifestadas pela parte durante as negociações, quando exista no contrato uma *cláusula de integração*, declarando que todos os elementos do ajuste contêm-se naquele contrato (e somente naquele contrato).⁶²

Nessa seção encontram-se, igualmente, normas sobre *cláusulas-padrão* ou *condições gerais* (arts. 2.1.19 a 2.1.22), que incluem sua definição e regras para solucionar problemas ligados à *batalha das formas* e às *cláusulas não-usuais*. A *batalha das formas*, tratada no art. 2.1.22, indica uma situação na qual as partes trocam *condições contratuais gerais* entre si – modelos ou impressos – e a elas adicionam um ou mais termos que, materialmente, implicam numa *modificação da oferta*.⁶³ Segundo os *Princípios*, o contrato reputa-se concluído com base nas

⁵⁸ Nesse sentido, segue de perto o sistema da Convenção de Viena (1980), previsto em seus arts. 14 a 24. ONHARTKAMP, Arthur S. *Principles of Contract Law*. In: HARTKAMP, A. S., HESSELINK, M. W., HONDIUS, E. H. *et al.* (eds.). *Towards a European Civil Code*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1994, p. 44-45.

⁵⁹ Sobre o assunto, ver as considerações e referências feitas nas notas 32 a 34 *supra*.

⁶⁰ Sobre a Convenção da ONU sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias (Viena, 1980), que não foi assinada pelo Brasil, ver o clássico HONNOLD, John O. *Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention*. 3. ed., The Hague: Kluwer Law International, 1999, 608p.; e ESPLUGUES, Carlos, BARONA VILAR, S. e HERNÁNDEZ MARTÍ, J. *Contratación Internacional*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1994, p. 228-294; bem como o sítio Internet da UNCITRAL: www.uncitral.org (último acesso: 25.03.2004) e o repositório virtual de julgados sobre a Convenção, UNILEX on CISG: www.unilex.info (último acesso: 25.03.2004). Para uma relação de trabalhos em língua portuguesa, ver o sítio Internet mantido pela Universidade Federal Fluminense sobre o tema: www.uff.br/cisgbrasil/bib.html (último acesso: 25.03.2004).

⁶¹ Princípios do UNIDROIT, art. 2.1.17 e respectivo comentário.

⁶² PERALES VISCASILLAS, M. del Pilar. The Formation of Contracts & The Principles of European Contract Law. In: *Pace International Law Review*, vol. 13, Fall 2001, p. 374-374.

⁶³ Sobre o tema *batalha das formas*, ver SÁ RIBEIRO, Marilda R. *Batalha das formas e negociação prolongada nos contratos internacionais*. In: RODAS, João Grandino (coord.) *Contratos Internacionais*. 3. ed., São Paulo: RT, 2002, p. 251-282; PERALES

cláusulas acordadas e naquelas cláusulas-padrão que, no essencial, são comuns a ambas as partes (*doutrina do “knock-out”*), a menos que uma delas manifeste à outra, antecipadamente ou após, desde que sem atraso, que não se reputa vinculada ao contrato celebrado em desacordo com suas próprias cláusulas-padrão.⁶⁴

Interessante questão envolvendo duas companhias holandesas foi julgada na Corte Suprema dos Países Baixos, que se referiu aos *Princípios do UNIDROIT* como veículo de interpretação do direito nacional aplicável.⁶⁵ Uma companhia requerera à outra uma estimativa dos custos de construção de um centro esportivo. Sua solicitação escrita fazia referência às suas próprias *cláusulas-padrão*. A estimativa enviada pela outra companhia, em resposta, igualmente continha referência às suas próprias *cláusulas-padrão*. Surgiu, então, litígio sobre a existência do contrato, isto é, se um contrato válido havia sido celebrado, e, neste caso, quais as *cláusulas-padrão* que deveriam ser aplicadas.

O art. 6:225, parágrafo 3, do Código Civil holandês prevê que as *cláusulas-padrão* do proponente devem prevalecer (*“first shot doctrine”*). Em suas conclusões, o Advogado-Geral recordou que tal preceito não havia, até então, sido aplicado com frequência pela Corte, e que a questão relativa à aplicação de um ou outro conjunto de cláusulas-padrão ainda era controversa na doutrina. Nesse contexto, mencionou como soluções alternativas a *“last shot doctrine”* e a *“knock-out doctrine”*, indicando a adoção desta última no art. 2.22 dos *Princípios do UNIDROIT*. Nada obstante, a Corte Suprema dos Países Baixos resolveu adotar a solução preconizada pelo Código Civil – *“first shot doctrine”* – e decidiu pela prevalência das *cláusulas-padrão* da empresa proponente, que requerera a estimativa.

Uma nova seção (seção 2), introduzida em 2004, versa o *poder de representação dos agentes comerciais* (*“authority of agents”*) e disciplina a autoridade do representante (*“agent”*) no tocante ao vínculo estabelecido em nome do representado (*“principal”*), no contexto de contrato firmado com terceiros. Como se sabe, a atividade dos *representantes comerciais* é muito disseminada no comércio internacional e conta com razoável diversidade de tratamento nos sistemas jurídicos nacionais.⁶⁶

VISCASILLAS, M. del Pilar. “Battle of the Forms” under the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: A Comparison with Section 2-207 UCC and the UNIDROIT Principles. In: *Pace International Law Review*, vol. 10, Summer 1998, p. 97; e MAHÉ, C. B. P. *Conflit de conditions générales: quelle tactique adopter?* In: *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 1.1, November 1997, disponível no sítio Internet: www.ejcl.org/11/art11-2.html (último acesso: 22.04.2005).

⁶⁴ Princípios do UNIDROIT, art. 2.1.22 e respectivo comentário.

⁶⁵ 13.07.2001 – Supreme Court of the Netherlands – C99/315HR – partes: Hardstaal Holdings B.V. e N.N., UNILEX (www.unilex.info) – Unidroit Principles – cases (by date).

⁶⁶ Para o projeto do capítulo, bem como de seu comentário, ver o sítio Internet do UNIDROIT: <http://www.unidroit.org/english/workprogramme/study050/main.htm> (último acesso: 20.04.2004). No Brasil, o contrato de agência é regido pelos arts. 710 a 721 do

As novas regras limitam-se, porém, à disciplina da *representação voluntária*, e, nela, das *relações externas* entre *representante* ou *representado*, de um lado, e *terceiros*, de outro, deixando ao direito aplicável ao contrato (que não os *Princípios*) a regulação das relações internas entre *representante e representado*.⁶⁷ Ademais, tais normas não distinguem, como ocorre em vários sistemas jurídicos, a *representação direta* da *representação indireta*, conforme o representante esteja a agir em nome do representado ou em seu próprio nome.⁶⁸

4.2 Validade do contrato (Capítulo 3)

Nesse capítulo, destaca-se o art. 3.2 (*validade do mero acordo*), que estabelece ser suficiente o *simplex acordo das partes* para validar a conclusão, modificação ou extinção de um contrato.⁶⁹ Assim, para os *Princípios*, todos os contratos são *consensuais*, não se lhes exigindo qualquer outra condição de validade para além do *mero acordo das partes*, o que naturalmente exclui

Código Civil, bem como pela legislação especial que regula a atividade dos representantes comerciais autônomos (Lei 4.886/65, com a redação dada pela Lei 8.420/92).

⁶⁷ BONELL, M. J. UNIDROIT Principles 2004 – The New Edition of the Principles of International Commercial Contracts adopted by the International Institute for the Unification of Private Law. In: *Uniform Law Review/Revue de Droit Uniforme*. The Hague: Kluwer Law International/UNIDROIT, 2004, p. 20. Bonell anota que as normas desta nova seção inspiraram-se na Convenção de Genebra sobre Representação na Venda Internacional de Mercadorias (1983), adotada com base em projeto do UNIDROIT, que foi ratificada por 5 países, mais ainda não entrou em vigor. Confirma-se a dicção do art. 2.2.1 dos *Princípios (âmbito da seção)*: “(1) A presente Seção rege o poder de uma pessoa (o ‘representante’) de produzir efeitos na situação jurídica de uma outra pessoa (o ‘representado’) relativamente à conclusão ou à execução de um contrato com um terceiro. O representante age em seu próprio nome ou em nome do representado. (2) Esta Seção rege apenas as relações entre, de um lado, o representado ou o representante, e, de outro, o terceiro. (3) Esta Seção não rege o poder conferido pela lei a um representante, nem o poder de um representante nomeado por uma autoridade pública ou judiciária.”

⁶⁸ Confirma-se a dicção do art. 2.2.1 dos *Princípios (âmbito da seção)*: “(1) A presente Seção rege o poder de uma pessoa (o ‘representante’) de produzir efeitos na situação jurídica de uma outra pessoa (o ‘representado’) relativamente à conclusão ou à execução de um contrato com um terceiro. O representante age em seu próprio nome ou em nome do representado. (2) Esta Seção rege apenas as relações entre, de um lado, o representado ou o representante, e, de outro, o terceiro. (3) Esta Seção não rege o poder conferido pela lei a um representante, nem o poder de um representante nomeado por uma autoridade pública ou judiciária.” No Brasil, por exemplo, o art. 43 da Lei 4.886/65 proíbe a inclusão de cláusulas *del credere* no contrato de representação comercial, impedindo, pois, que o representante seja co-responsabilizado pelos riscos de pagamentos a terceiros.

⁶⁹ Esta matéria foi expressamente excluída da Convenção de Viena (1980) por seu art. 4, que possui a seguinte redação: “La presente Convención regula exclusivamente la formación del contrato de compraventa y los derechos y obligaciones del vendedor y del comprador dimanantes de ese contrato. Salvo disposición expresa en contrario de la presente Convención, ésta no concierne, en particular: a) a la validez del contrato ni a la de ninguna de sus estipulaciones, ni tampoco a la de cualquier uso; b) a los efectos que el contrato pueda producir sobre la propiedad de las mercadorias vendidas.” Os *Princípios*, em seu art. 3.1, excluíram apenas o tratamento da *incapacidade das partes*, *ausência de representação* e *imoralidade do contrato*, reservadas, via de regra, a normas dos direitos nacionais aplicáveis em virtude das regras de direito internacional privado.

elementos adicionais como a *consideration*, habitualmente encontrada em alguns direitos nacionais do *common law* – v.g., Estados Unidos, Inglaterra etc. – ou a *causa*, exigida por alguns sistemas nacionais de tradição civilista.⁷⁰

Outras normas dedicam-se aos chamados *defeitos do consentimento*, como o *erro* (arts. 3.4 a 3.7), *dolo ou fraude* (art. 3.8) e *coação* (art. 3.9), que podem ensejar a invalidade do contrato.⁷¹ Tendo em vista que seria *contrário à boa-fé* permitir que as partes excluíssem ou modificassem tais disposições quando da celebração do contrato, atribui-se *caráter imperativo* (art. 3.19) a todas as normas do capítulo, com exceção do art. 3.2 (*validade do mero acordo*), art. 3.3 (*impossibilidade inicial*) e arts. 3.4 a 3.7 (*erro*).⁷² O art. 3.10 permite a anulação do contrato em razão do *desequilíbrio excessivo* (*gross disparity*), contemplando a situação na qual o contrato ou determinada cláusula confirmam vantagem excessiva e injustificada a uma das partes, causando lesão à outra.⁷³ Note-se também que as disposições sobre a *validade do contrato* se aplicam, por força do art. 3.20, às *declarações unilaterais* de vontade ou intenções manifestadas pelas partes antes ou depois da celebração do contrato.

Veja-se um exemplo didático de aplicação dos *Princípios do UNIDROIT* em controvérsia sobre contrato de compra e venda de óleo combustível celebrado entre uma companhia inglesa (*Morgan Stanley*) e uma italiana (*ENEL*). O contrato previa, expressamente, a aplicação do direito italiano. Porém, o art. 834 do Código de Processo Civil italiano determina que, numa arbitragem internacional, o tribunal leve em consideração os termos do contrato e os *usos do comércio*. Assim, a decisão arbitral referiu-se diversas vezes aos *Princípios do UNIDROIT* – que constituem um parâmetro dos princípios e usos do comércio internacional – para demonstrar que as soluções alcançadas através do direito italiano estavam conformes aos padrões jurídicos internacionais.⁷⁴

O tribunal citou os arts. 1.2 (*forma do contrato*), 2.1 (atual 2.1.1, que trata do *modo de formação do contrato*), 2.6 (atual 2.1.6, que dispõe sobre o *modo da aceitação*) e 2.12 (atual 2.1.12, que trata da *confirmação escrita*) para demonstrar a possibilidade de celebração válida do contrato, mesmo sem uma seqüência definida de *oferta e aceitação*. Além desses, citou os arts. 3.4 (*definição de erro*), 3.5 (*nulidade por erro*) e 3.8 (*dolo*), tanto para excluir o *dolo* na conduta da *Morgan Stanley* e o *erro* alegado por funcionários da *ENEL*, como também para

⁷⁰ Princípios do UNIDROIT, art. 3.2 e respectivo comentário. Sobre o assunto, ver considerações e referências trazidas acima, nas notas 32 a 34.

⁷¹ Confira-se, a propósito, a decisão proferida em arbitragem internacional *ad hoc* (Roma) sobre litígio envolvendo empresa britânica e italiana acerca de contrato de compra e venda de óleo combustível. In: *Il Diritto del commercio internazionale*. 1999, p. 465-474, com notas de TRAIACI, F.P; 04.12.1996 – *Ad Hoc Arbitration*, Rome, UNILEX (www.unilex.info) - Unidroit Principles - cases (by date).

⁷² Princípios do UNIDROIT, art. 3.19 e respectivo comentário.

⁷³ HARTKAMP, Arthur S. *Principles of Contract Law*. In: HARTKAMP, A. S., HESSELINK, M. W., HONDIUS, E. H. et al. (eds.). *Towards a European Civil Code*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1994, p. 45.

⁷⁴ 04.12.1996 – *Ad Hoc Arbitration*, Rome, UNILEX (www.unilex.info) – Unidroit Principles – cases (by date).

fixar as condições necessárias para que uma parte requeira a nulidade do contrato por erro ou fraude. Mencionou, ainda, o art. 1.7 (*boa-fé e lealdade negocial*) para demonstrar o dever das partes de agir de boa-fé durante toda a vida do contrato, e, para fixar a indenização, aludiu aos arts. 7.4.1 (*direito a perdas e danos*), 7.4.5 (*prova do prejuízo em caso de substituição*), 7.4.7 (*prejuízo parcialmente imputável ao credor*), 7.4.9 (*juros pelo não-pagamento de quantia em dinheiro*) e 7.4.12 (*moeda de cálculo da indenização*).

4.3 Interpretação do contrato (Capítulo 4)

A “regra de ouro” sobre essa matéria, prevista no art. 4.1, diz que o contrato se interpreta segundo a *intenção comum das partes*. Se tal intenção não puder ser estabelecida, o contrato deverá ser interpretado conforme o significado que lhe dariam, nas mesmas circunstâncias, *pessoas razoáveis* da mesma qualidade, situadas na mesma posição das partes.⁷⁵

Há, também, no capítulo normas que orientam a interpretação de *termos obscuros*, tendo por norte o *sistema do contrato* (art. 4.4) e o seu *efeito útil* (art. 4.5), bem como a regra *contra proferentem* (art. 4.6) que, nas situações ambíguas, determina a preferência pela interpretação *contra* a parte que propôs a cláusula contratual. Por fim, os arts. 4.7 e 4.8 tratam, respectivamente, das *divergências lingüísticas* entre versões de um mesmo contrato internacional e das *omissões* do contrato, a serem supridas, à falta de outras normas pertinentes dos *Princípios* (v.g., arts. 5.1.6, 6.1.1, 6.1.4 e 6.1.6), mediante uma *cláusula apropriada*. Para determiná-la, o intérprete deve levar em consideração, segundo o art. 4.8(2): *a*) a intenção das partes; *b*) a natureza e o objetivo do contrato; *c*) a boa-fé; e *d*) o que for razoável.⁷⁶

Em litígio julgado pela Corte de Apelação de Grenoble (França) entre empresas norte-americana e francesa, relativo a contrato de transporte de maquinário entre os Estados Unidos e a França, os juízes tiveram oportunidade de aplicar normas dos *Princípios*, em particular a regra *contra proferentem* (art. 4.6).⁷⁷ O contrato continha *cláusula de responsabilidade* estabelecendo que o transportador se comprometia a indenizar o cliente por qualquer perda decorrente da prestação defeituosa das obrigações nele estipuladas. Por outro lado, todas as obrigações relativas às indenizações tinham de se conformar às *cláusulas-padrão* do transportador. Dentre elas, uma previa que o cliente aceitaria, sob quaisquer circunstâncias, que a indenização paga pelo transportador, por qualquer dano, perda ou atraso decorrente de negligência do transportador, não ultrapassaria US\$ 50 por embarque.

A cláusula conflitava com o princípio, expresso no contrato, de responsabilização plena do transportador. Diante disto, a Corte de Apelação

⁷⁵ Princípios do UNIDROIT, art. 4.1 e respectivo comentário.

⁷⁶ Princípios do UNIDROIT, arts. 4.7 e 4.8, e respectivos comentários.

⁷⁷ *Société Harper Robinson v. Société internationale de maintenance et de réalisations industrielles*, 24.01.1996 – Cour d’Appel de Grenoble, France, UNILEX (www.unilex.info) – Unidroit Principles – cases (by date).

decidiu aplicar o *princípio do direito do comércio internacional* que estabelece, em caso de conflito entre uma cláusula-padrão e um termo contratual não-padrão, que este último deve prevalecer (atual art. 2.1.21 dos *Princípios*) e, se os termos do contrato fornecidos por uma parte são obscuros, *uma interpretação contra esta parte é preferível* (art. 4.6 dos *Princípios*). Por conseguinte, decidiu que a referência feita no contrato às cláusulas-padrão do transportador deveriam ser invalidadas, prevalecendo a sua responsabilização plena.

4.4 Conteúdo do contrato e direitos de terceiros (Capítulo 5, Seções 1 e 2)

As normas desse capítulo definem, no âmbito de um contrato internacional, as *espécies de obrigações* (art. 5.1.1) e as *obrigações tácitas* (art. 5.1.2), instituindo o *dever de cooperação entre as partes* (art. 5.1.3) dentre estas últimas, quando tal cooperação seja razoavelmente prevista pelo contratante.⁷⁸ Nos arts. 5.1.4 e 5.1.5 distinguem-se as *obrigações de meio* (*duty of best efforts*) das *obrigações de resultado* (*duty to achieve a specific result*), trazendo-se critérios para determinar, no caso de dúvida, o tipo de obrigação contida no contrato. Dependendo da redação das cláusulas, assim como do objeto do contrato e da intenção das partes, é possível que obrigações de ambos os tipos coexistam num mesmo contrato, determinando a aplicação de regimes jurídicos distintos.⁷⁹

O art. 5.1.7 (*fixação do preço*) procura afastar qualquer motivo de invalidação do contrato fundado na ausência de fixação do preço ou de critérios para determiná-lo. Para tais hipóteses, a norma prevê que um *preço razoável* deva ser pago pelo devedor. Aplica-se a mesma regra nos casos em que o preço deva ser determinado por uma das partes, que o faz de modo *manifestamente não-razoável*.⁸⁰ Na revisão de 2004, introduziu-se um novo artigo (5.1.9), que disciplina a *renúncia do credor* a seus direitos: para operar efeitos, tal renúncia exige o consentimento do devedor, ainda que presumido.⁸¹

Em caso paradigmático de aplicação dos *Princípios*, o art. 5.2 (atual 5.1.2) sobre *obrigações tácitas* foi usado para definir determinada obrigação da parte, não prevista expressamente no contrato. Em 1977, o Governo do Irã celebrou com a norte-americana *Cubic International Sales Corporation (Cubic)* dois contratos: um de venda e outro de prestação de serviços de equipamentos aeronáuticos para sua Força Aérea. Ambos previam o pagamento parcelado do preço, segundo o término de etapas da venda e serviços contratados. Em fins de 1978, o Governo

⁷⁸ Princípios do UNIDROIT, arts. 5.1.1, 5.1.2 e 5.1.3, e respectivos comentários.

⁷⁹ Princípios do UNIDROIT, art. 5.1.4 e 5.1.5, e respectivos comentários.

⁸⁰ Princípios do UNIDROIT, art. 5.1.7 e respectivo comentário. HARTKAMP, Arthur S. *Principles of Contract Law*. In: HARTKAMP, A. S., HESSELINK, M. W., HONDIUS, E. H. et al. (eds.). *Towards a European Civil Code*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1994, p. 46.

⁸¹ O art. 5.1.9 (*Renúncia mediante acordo*) possui a seguinte dicção: “(1) Um credor pode renunciar a seu direito mediante acordo com o devedor. (2) A oferta, a título gratuito, de renúncia a um direito tem sua aceitação presumida se o devedor não a rejeitar imediatamente após dela tomar conhecimento.”

L. GAMA JR.

do Irã havia pago à *Cubic* cerca de US\$ 12 milhões pela venda de equipamentos e US\$ 300 mil pela prestação de serviços.⁸²

O advento da revolução islâmica no Irã, na virada de 1978, determinou o exílio do Xá e o retorno ao país do Aiatolá Komeini. O Governo do Irã alegou, então, o rompimento dos contratos pela *Cubic*, que repatriara seus funcionários e descumpria a obrigação de entregar equipamentos e sistemas militares conforme o avençado. Por sua vez, a *Cubic* alegou que notificara o Governo do Irã acerca do cumprimento da etapa 3 do contrato de venda, requerendo o pagamento de US\$ 5,4 milhões, o que foi supostamente ignorado pelo contratante, que deixou de responder às notificações, não confirmando a entrega, nem pagando o devido. O comprador alegou, ainda, que a *Cubic* vendera a terceiros as mercadorias contratadas, retendo os respectivos preços, e deixando de notificá-lo tal fato.

Em arbitragem CCI, iniciada em 1992 pelo Governo do Irã, o tribunal proferiu decisão (em maio de 1997) referindo-se expressamente à questão do direito aplicável (o direito iraniano), e declarando que também aplicaria à causa, em virtude da escolha das partes, *os princípios gerais de direito e usos comerciais*, em caráter complementar e suplementar. Por conseguinte, enfrentou o mérito da disputa com base em normas dos *Princípios do UNIDROIT*, aplicadas exclusivamente ou em conjunto com o direito iraniano.

Ao entender que, em virtude dos eventos caóticos ocorridos no Irã, antes e após o início da Revolução Islâmica, em fevereiro de 1979, qualquer das partes poderia requerer *a extinção dos contratos ou a adaptação de seus termos*, os árbitros fizeram expressa referência ao art. 6.2.3 dos *Princípios do UNIDROIT*, indicando o seguinte:

“(…) do dever de agir de boa-fé que se encontra implícito em cada contrato resulta que num caso em que as circunstâncias envolvendo o contrato sofrem (…) alterações fundamentais e imprevisíveis, uma parte é impedida de invocar o efeito vinculante do contrato (...). Desta forma estreita e restritiva esse conceito [de *hardship* ou cláusula *rebus sic standibus*] foi incorporado em tantos sistemas jurídicos que se tornou amplamente reconhecido como um *princípio geral de direito*. Como tal, deve ser aplicável na arbitragem em questão mesmo que não integre o direito iraniano.”⁸³

Mais adiante, para justificar a aplicação analógica da *cláusula de rescisão (termination for convenience clause)* ao desfazimento do contrato em virtude da alteração das circunstâncias que o envolviam, o tribunal arbitral invocou os arts.

⁸² U.S. District Court, S.D. California, 29 F.Supp.2d 1168 (Westlaw). Para um sumário do caso, ver: www.unilex.info, UNIDROIT PRINCIPLES, D. 1998-10. Ver também BONELL, M. J. UNIDROIT Principles: a significant recognition by a U.S. District Court. In: *Uniform Law Review*. The Hague: Kluwer Law International/UNIDROIT, 1999-3, p. 651-663.

⁸³ BONELL, M. J. UNIDROIT Principles: a significant recognition by a U.S. District Court. In: *Uniform Law Review*. The Hague: Kluwer Law International/UNIDROIT, 1999-3, p. 659-660 (tradução livre).

PRINCÍPIOS DO UNIDROIT RELATIVOS AOS CONTRATOS...

5.1 e 5.2 (atuais 5.1.1 e 5.1.2) dos *Princípios do UNIDROIT* e os “princípios amplamente aceitos” neles previstos, segundo os quais “*as obrigações contratuais das partes podem ser implícitas*” e “*as obrigações implícitas podem derivar da natureza e objeto do contrato, práticas firmadas pelas partes e usos, boa-fé e razoabilidade.*”

Finalmente, ao tratar das conseqüências da extinção dos contratos, os árbitros citaram literalmente o art. 7.3.6 dos *Princípios do UNIDROIT* e decidiram que qualquer das partes poderia reclamar a *restituição* de tudo o que tivesse fornecido, desde que agisse da mesma forma em relação ao que tivesse recebido.

Além dessas normas, o capítulo 5 conta agora com mais uma seção, que disciplina os *direitos de terceiros (third party rights)*.⁸⁴ Constituindo exceção clássica ao princípio da relatividade dos contratos, a *estipulação em favor de terceiro* resume e condensa o espírito da seção.⁸⁵ Por meio desse tipo de negócio jurídico, um terceiro, determinado ou determinável, pode exigir o cumprimento de estipulação em seu favor, mesmo não sendo parte do contrato, a não ser que haja convenção em sentido contrário. Com relação à sua disciplina pelos *Princípios*, em âmbito internacional (pense-se nos contratos de seguro envolvendo vários braços de um grupo empresarial), a intenção das partes no sentido de conferir direito a um terceiro não necessita de declaração expressa, podendo inferir-se dos termos do contrato e das circunstâncias do caso. Em segundo, impera a autonomia da vontade: as partes têm a liberdade de conferir direito a um terceiro, e também de excluir tal direito. Porém, no primeiro caso, podem sujeitar o direito do terceiro a qualquer tipo de condição ou limitação, estabelecendo, inclusive, a possibilidade de revogá-lo mesmo após a aceitação do beneficiário.⁸⁶

4.5 Execução do contrato (Capítulo 6, Seções 1 e 2)

Nos *Princípios*, o tratamento do tema divide-se em duas seções: uma que disciplina a *execução em geral*, e outra que trata do *hardship*. A inclusão do *hardship* neste capítulo justifica-se por não ocorrer, em situações que tais, *inexecução* do contrato, mas sim um desequilíbrio em sua economia interna que

⁸⁴ Para o projeto do capítulo, bem como de seu comentário, ver o sítio Internet do UNIDROIT: <http://www.unidroit.org/english/workprogramme/study050/main.htm> (último acesso: 20.04.2004).

⁸⁵ No direito brasileiro, a *estipulação em favor de terceiro* é regulada nos arts. 436 a 438 do novo Código Civil. Princípios do UNIDROIT, art. 5.2.1 (*estipulação em favor de terceiro*): “(1) As partes (o ‘promitente’ e o ‘estipulante’) podem, mediante acordo expresso ou tácito, conferir um direito a um terceiro (o ‘beneficiário’). (2) A existência e conteúdo do direito que o beneficiário pode exercer em face do promitente são determinados pelo acordo das partes e sujeitos às condições ou outras limitações previstas no acordo.”

⁸⁶ Princípios do UNIDROIT, art. 5.2.1, e respectivo comentário. BONELL, M. J. UNIDROIT Principles 2004 – The New Edition of the Principles of International Commercial Contracts adopted by the International Institute for the Unification of Private Law. In: *Uniform Law Review/Revue de Droit Uniforme*. The Hague: Kluwer Law International/UNIDROIT, 2004, p. 22.

L. GAMA JR.

determina a onerosidade excessiva das prestações, em desfavor de um dos contratantes.

(a) *Seção 1 – Execução em geral*

Aqui, temas conhecidos das codificações de direito privado foram abordados: o *momento da execução* ou cumprimento do contrato (art. 6.1.1), a *seqüência das prestações* nos contratos bilaterais (art. 6.1.4), o *lugar da execução* ou do cumprimento (art. 6.1.6), o *pagamento mediante cheque ou outros meios* (art. 6.1.7), a *moeda de pagamento* (art. 6.1.9) e a *imputação do pagamento* (art. 6.1.12).⁸⁷

Uma Corte Federal da Austrália, em controvérsia envolvendo contratos domésticos de grande vulto, utilizou os *Princípios do UNIDROIT* para interpretar e suplementar o direito nacional (australiano) aplicável, e, em particular, para estabelecer a *seqüência das prestações* devidas pelos contratantes (art. 6.1.4). O Governo da Austrália e duas companhias australianas de *software*, BHP Information Technology Pty Ltd. e GEC Marconi Systems Pty Ltd., celebraram *contratos coligados* para desenvolver programas de computador e integrar os sistemas de informática da Rede Diplomática Australiana de Comunicações (entre a sede do governo e suas missões no exterior). O contrato celebrado entre o Governo da Austrália e a BHP-IT era tido como principal, enquanto o firmado entre a BHP-IT e a GEC Marconi denominava-se “sub-contrato”. O *software* seria desenvolvido pela GEC Marconi, mas determinados elementos de segurança (“STUBS”) seriam fornecidos pelo Governo à BHP-IT, que, a seu turno, deveria repassá-los à GEC Marconi para fins de integração ao *software* por ela desenvolvido. As partes no sub-contrato obrigaram-se a cumprir suas prestações de acordo com um Plano de Implementação especial, que previa 5 fases sucessivas de desenvolvimento, ou “*milestones*”, cujo cumprimento pela GEC Marconi obrigava a BHP-IT a realizar os respectivos pagamentos parciais.⁸⁸

O litígio surgiu quando a GEC Marconi notificou a BHP-IT dando por *resolvido* o contrato, em razão do descumprimento, por esta última, de suas obrigações. Especificamente, sustentava a GEC Marconi que a BHP-IT deixara de lhe prover os STUBS, como previsto no sub-contrato, e recusara-se a lhe pagar pelo cumprimento da quarta “*milestone*”. A BHP-IT não negou os fatos, mas alegou que o sub-contrato fora *aditado mediante acordo verbal*, de modo a eliminar sua obrigação de prover os STUBS, que seriam substituídos por um *software* de emulação. Quanto à recusa do pagamento relativo à quarta “*milestone*”, a BHP-IT argumentou que nada era devido à GEC Marconi, pois esta não satisfizera as condições contratualmente estabelecidas para recebê-lo. A GEC Marconi iniciou o embate judicial, e, posteriormente, outras ações foram tomadas,

⁸⁷ HARTKAMP, Arthur S. *Principles of Contract Law*. In: HARTKAMP, A. S., HESSELINK, M. W., HONDIUS, E. H. *et al.* (eds.). *Towards a European Civil Code*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1994, p. 46.

⁸⁸ 12.02.2003 – Federal Court of Australia – NG733 of 1997 – GEC Marconi Systems Pty Ltd. v. BHP Information Technology Pty Ltd. and others – UNILEX (www.unilex.info) cases (by date).

PRINCÍPIOS DO UNIDROIT RELATIVOS AOS CONTRATOS...

pela BHP-IT contra a GEC Marconi, e, pelo Governo da Austrália contra a BHP-IT.

Para julgar a alegação de *aditamento verbal* do sub-contrato, levantada pela BHP-IT, foi preciso determinar se a existência de cláusula impeditiva de alterações verbais (“*no oral modification*”) impedia, como alegado pela GEC Marconi, qualquer modificação oral superveniente ou acordo implícito entre as partes. E, ainda, se a GEC Marconi, em virtude da *proibição de comportamento contraditório*, podia ser impedida (“*estopped*”) de invocar a cláusula de “*no oral modification*”. Acolhendo as razões da BHP-IT, a Corte Federal valeu-se, dentre outros, do art. 2.18 (atual 2.1.18) dos *Princípios do UNIDROIT*, que valida a exigência de *forma escrita* para alterações posteriores no contrato, mas excepciona a sua eficácia quando invocada pela parte que, *em virtude da sua conduta*, incutiu na outra parte uma expectativa razoável de que a cláusula não deveria ser respeitada (*venire contra factum proprium*).

Por outro lado, a Corte rejeitou o argumento da BHP-IT de que o sub-contrato continha uma “obrigação integral” (“*entire obligation*”), segundo a qual os quatro primeiros pagamentos “*milestones*” achavam-se condicionados ao *cumprimento integral* do contrato, e o descumprimento pela GEC Marconi da quinta e última “*milestone*” impunha-lhe a obrigação de restituir à BHP-IT todos os pagamentos anteriormente realizados. Fundamentou sua decisão referindo-se, dentre outros, ao comentário oficial do art. 6.4(2) (atual 6.1.4(2)) dos *Princípios do UNIDROIT*, que dispõe sobre a *ordem das prestações* na execução dos contratos bilaterais, quando elas não possam ser cumpridas simultaneamente mas exijam de uma das partes certo prazo para o cumprimento (como nos contratos de construção e na maioria dos contratos de prestação de serviços). Segundo a Corte, embora a regra geral disponha que, em tais casos, a parte deva cumprir a sua prestação em primeiro lugar, se tal cumprimento, por sua natureza, exige certo prazo, as circunstâncias do caso concreto podem indicar o contrário, como na situação da GEC Marconi, em que o contrato previa a realização dos pagamentos em prestações, ao final de cada etapa da elaboração do trabalho.⁸⁹

Constitui novidade no plano internacional a disciplina, pelos *Princípios*, das *autorizações públicas* (*national public permissions*) – v.g., licenças ambientais, administrativas, de importação ou exportação etc. –, cujo atraso ou denegação podem afetar diretamente a relação contratual das partes, inclusive no que tange à validade do contrato ou ao seu cumprimento. De um modo geral, as normas dos arts. 6.1.14 a 6.1.17 estabelecem qual das partes deve tomar as providências necessárias à obtenção da autorização ou licença, e quais as conseqüências, tanto da sua denegação, como das situações em que a autorização nem é concedida nem denegada.⁹⁰

⁸⁹ 12.02.2003 – Federal Court of Australia – NG733 of 1997 – GEC Marconi Systems Pty Ltd. v. BHP Information Technology Pty Ltd. and others – UNILEX (www.unilex.info) cases (by date).

⁹⁰ Princípios do UNIDROIT arts. 6.1.14, 6.1.15, 6.1.16 e 6.1.17, e respectivos comentários. Veja-se, a propósito, a decisão arbitral proferida em litígio entre duas empresas belgas e uma espanhola sobre contrato de consultoria e fabricação de produtos

(b) Seção 2 – Hardship

Os *Princípios* deixam inicialmente expressa, no art. 6.2.1, a *força obrigatória do contrato* (*pacta sunt servanda*), ou seja: mesmo nas situações em que a execução do contrato se torna mais onerosa para uma das partes, não lhe é lícito negar o vínculo obrigacional para se exonerar do cumprimento de suas obrigações.⁹¹

Ocorre que, na maioria dos ordenamentos modernos, o *pacta sunt servanda* é mitigado em situações que, sobrevindo à celebração do contrato, alterem fundamentalmente o seu equilíbrio econômico, prejudicando uma das partes sem, contudo, impossibilitar-lhe o cumprimento da prestação. Nos direitos de matriz anglo-saxã, a doutrina da *frustration of purpose* reconhece a frustração do objeto do contrato pela ocorrência de evento superveniente. Embora não sendo impossível o cumprimento das prestações avençadas, admite que uma das partes acaba inteiramente destituída do benefício que esperava com o cumprimento da prestação pela outra parte, dando azo, então, ao rompimento do vínculo.⁹² No Brasil, o Código Civil de 2002 acolheu a *teoria da onerosidade excessiva* nos arts. 478 a 480, possibilitando, nos contratos de execução continuada, que o devedor pleiteie a resolução do contrato se a prestação por ele devida tornar-se excessivamente onerosa, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis. A resolução poderá ser evitada, contudo, se a outra parte oferecer-se a modificar equitativamente as condições do contrato.⁹³

para venda em outros países. Nesse caso, os *Princípios* foram aplicados – art. 6.1.15(1) e (2) – no sentido de responsabilizar a parte que tinha o dever de requerer as autorizações públicas, bem assim de notificar a outra parte sobre o andamento dos requerimentos. Cf. 25.01.2002 – Arbitration Award – Arbitration Court of the Lausanne Chamber of Commerce and Industry, UNILEX (www.unilex.info) – Unidroit Principles – cases (by date).

⁹¹ Princípios do UNIDROIT, art. 6.2.1, e respectivo comentário. O tratamento da *força maior* ficou para o capítulo relativo à *inexecução* do contrato. Aliás, a distinção é lógica: se a execução do contrato torna-se *impossível*, como no caso da *força maior*, sua disciplina afasta-se das regras da execução para situar-se nas regras que disciplinam a *inexecução* do contrato. De outro lado, se o problema envolvendo a execução do contrato não toca à *impossibilidade* de seu cumprimento, mas sim à sua *excessiva onerosidade*, então a matéria pertence à execução (*performance*).

⁹² FARNSWORTH, E. A. *Contracts*. 3. ed. New York: Aspen Law & Business, 1999, p. 652-654. No *Restatement Second (of Contracts)*, a parte que invoca a frustração do objeto do contrato deve preencher quatro requisitos: (i) o evento superveniente deve ter ‘frustrado substancialmente’ o ‘objetivo principal’ da parte; (ii) a não-ocorrência do evento deve ter sido uma ‘suposição básica da celebração do contrato’; (iii) a frustração do objeto do contrato deve ter ocorrido sem culpa da parte que a invoca; e (iv) esta parte não deve ter assumido uma obrigação mais ampla do que a imposta pelo direito.

⁹³ Sobre a compatibilidade entre o *hardship* e o direito civil brasileiro, ver: ARAÚJO, Nadia. *Contratos internacionais e a cláusula de hardship: a transposição de sua conceituação segundo a lex mercatoria, para o plano interno nos contratos de longa duração*. In: ROSADO, Marilda (coord.). *Estudos e Pareceres Direito do Petróleo e Gás*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 409-435.

PRINCÍPIOS DO UNIDROIT RELATIVOS AOS CONTRATOS...

Nos *Princípios*, os casos de *hardship* são definidos como situações em que a ocorrência de determinados eventos altera *fundamentalmente* o equilíbrio econômico do contrato, seja porque houve aumento do custo relativo ao cumprimento da obrigação pelo devedor, seja porque ocorreu redução do valor da prestação devida ao credor.⁹⁴ Segundo o art. 6.2.2, para caracterizá-lo devem concorrer, necessariamente:

- uma *condição geral*: a superveniência de eventos que alterem fundamentalmente o equilíbrio das prestações; e
- quatro *condições suplementares*:

- a) que tais eventos tenham ocorrido ou chegado ao conhecimento da parte lesada após a celebração do contrato;
- b) que a parte lesada não tenha podido, à época da celebração do contrato, razoavelmente levar em consideração tais eventos;
- c) que tais eventos escapem ao controle da parte lesada; e
- d) que o risco da ocorrência de tais eventos não tenha sido assumido pela parte lesada.

Em tais hipóteses, a parte prejudicada pode requerer a renegociação do contrato com vistas a um novo acordo, que restaure o equilíbrio econômico das prestações. O pleito de renegociação deve ser feito o quanto antes e estar devidamente justificado, mas não confere à parte o direito de suspender o cumprimento de suas obrigações. No caso de insucesso da renegociação, após o decurso de um prazo razoável, qualquer das partes pode requerer ao tribunal (arbitral ou judicial) que aprecie a demanda (art. 6.2.3(3)). Caso conclua pela existência de *hardship*, pode o tribunal, se assim considerar *razoável*, dar por *terminada* a relação contratual, em data e segundo condições a serem fixadas, ou *adaptar* o contrato a fim de restaurar o seu equilíbrio (art. 6.2.3(4)).⁹⁵

A disciplina do *hardship* nos *Princípios do UNIDROIT* deu novo impulso ao seu reconhecimento e aplicação nos contratos do comércio internacional. Antes disso, a jurisprudência arbitral apenas reconhecia a existência do *hardship* como parte integrante da *lex mercatoria*, sob a denominação de *rebus sic standibus*, mas exprimia seus contornos de modo genérico e impreciso. Desde 1994, multiplicaram-se as decisões arbitrais que, invocando os arts. 6.2.1 a 6.2.3 dos *Princípios*, deram precisão jurídica ao *hardship*, ora tratando-o como parte integrante da *lex mercatoria*, ora como *uso do comércio internacional*.⁹⁶

⁹⁴ HARTKAMP, Arthur S. *Principles of Contract Law*. In: HARTKAMP, A. S., HESSELINK, M. W., HONDIUS, E. H. *et al.* (eds.). *Towards a European Civil Code*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1994, p. 46.

⁹⁵ Princípios do UNIDROIT, art. 6.2.3 e respectivo comentário.

⁹⁶ Sobre o tema, ver PRADO, Maurício C. A. Novas Perspectivas do Reconhecimento e Aplicação do *Hardship* na Jurisprudência Arbitral Internacional. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*, vol. 2, abr/jun 2004, p. 32-60. Reconhece o autor que a jurisprudência arbitral internacional legitimou a inclusão de regra sobre *hardship* nos *Princípios do UNIDROIT*.

Exemplo disso é a decisão proferida em litígio submetido à Corte de Arbitragem de Berlin (*Schiedsgericht Berlin*), envolvendo contrato internacional de fornecimento de máquinas celebrado entre uma entidade da antiga República Democrática da Alemanha e outra de país comunista do antigo leste europeu, sujeito ao direito (comunista) alemão. Sobrevindo a reunificação da Alemanha, em 1990, os mercados ocidentais abriram-se às empresas da antiga RDA, e as máquinas objeto do contrato perderam inteiramente o seu valor para o importador alemão. Este, então, invocando a alteração radical das circunstâncias existentes ao tempo da contratação, recusou-se a receber as mercadorias e a realizar o pagamento ajustado. Decidindo a seu favor, o tribunal arbitral demonstrou que a solução alcançada através do direito alemão também era aceita no plano internacional, referindo-se aos arts. 6.2.1 a 6.2.3 dos *Princípios do UNIDROIT* para afirmar o princípio segundo o qual uma alteração substancial no equilíbrio contratual original pode justificar o rompimento do contrato.⁹⁷

4.6 Inexecução do contrato (Capítulo 7, Seções 1, 2, 3 e 4)

As quatro seções desse capítulo tratam: (i) da *inexecução em geral*, contendo disposições gerais sobre o tema; (ii) do *direito à execução*, isto é, do direito a reclamar a execução específica da prestação; (iii) da *resolução do contrato*, que dispõe sobre hipóteses de extinção do contrato por inadimplemento do devedor; e, (iv) das *perdas e danos* devidas ao credor que deixou de receber a prestação avençada.

(a) Seção 1 – Inexecução em geral

Seguindo a orientação da Convenção de Viena (1980), os *Princípios* adotaram uma *concepção unitária de inexecução* (art. 7.1.1), que abrange qualquer espécie de descumprimento relativo à obrigação devida, incluindo o cumprimento em *atraso* ou *defeituoso* da prestação, imputável ou não ao devedor.⁹⁸ Empregou-se o vocábulo *inexecução* em detrimento do termo *breach* (*descumprimento*), utilizado no diploma de Viena. Nos direitos do *common law*, o *breach* restringe-se às hipóteses de inexecução nas quais emerge, para a parte prejudicada, o direito de reclamar perdas e danos. Já a *inexecução*, no sentido empregado pelos *Princípios*, também se dirige à utilização de outros remédios, como a *extinção do contrato* e a

⁹⁷ 00.00.1990 – Arbitral Award – SG126/90 – Schiedsgericht Berlin, UNILEX (www.unilex.info) – Unidroit Principles – cases (by date). *Vide* também o caso entre duas companhias italianas, relativo à utilização de marca registrada de uma delas e os efeitos de Diretiva Européia sobre o assunto: 00.02.1999 – Arbitral Award – case 9479 – ICC International Court of Arbitration, UNILEX (www.unilex.info) – Unidroit Principles – cases (by date).

⁹⁸ Princípios do UNIDROIT, art. 7.1.1 e respectivo comentário. Ver também: HARTKAMP, Arthur S. *Principles of Contract Law*. In: HARTKAMP, A. S., HESSELINK, M. W., HONDIUS, E. H. *et al.* (eds.). *Towards a European Civil Code*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1994, p. 46-47.

suspensão de sua execução, não vinculados a hipóteses de inadimplemento que geram a responsabilidade do devedor por perdas e danos.⁹⁹

O art. 7.1.2 exonera o devedor da responsabilidade pela inexecução do contrato quando tal se dá em virtude do comportamento da outra parte (*fato do credor*). De modo semelhante, o art. 7.1.3 permite ao devedor suspender o cumprimento de sua prestação enquanto a outra parte não houver cumprido a sua, refletindo o conceito civilista da *exceptio non adimpleti contractus*, albergado no art. 476 do nosso Código Civil. Também não há responsabilização da parte faltosa em caso de *eventos externos imprevisíveis*, isto é, nas situações de *força maior*, previstas de modo genérico no art. 7.1.7. Porém, recai sobre o devedor o ônus de demonstrar que a *impossibilidade* de cumprimento da obrigação derivou de impedimento que estava fora de seu controle e era razoavelmente imprevisível à época da celebração do contrato.¹⁰⁰ Segundo o sistema dos *Princípios*, apenas a *inexecução não-escusável e essencial (fundamental non-excused non-performance)* gera, para a parte agravada, o direito de romper o contrato e reclamar perdas e danos. Nos demais casos, o contrato deve ser mantido, com os temperamentos necessários ao seu adequado cumprimento.

Como expressão do *favor contractus*, o art. 7.1.4 permite a adoção, pelo devedor, de todas as medidas destinadas a *corrigir o descumprimento* ou inexecução contratual, desde que: (i) sem atraso, seja o credor notificado do tipo da medida a ser tomada, bem assim do modo e do momento de sua execução; (ii) a medida seja adequada às circunstâncias; (iii) o credor não tenha nenhum interesse legítimo em recusá-la; e (iv) a medida seja tomada sem atraso. Tal norma assemelha-se ao direito conferido ao vendedor de corrigir (*cure*) a prestação, previsto no §2-508 do *Uniform Commercial Code*. Segundo ele, a *cure* pode ocorrer desde que: (i) no momento da rejeição da mercadoria pelo comprador, o prazo da execução não haja expirado; ou, (ii) embora expirado tal prazo, o vendedor demonstre que tinha motivos razoáveis para crer que as mercadorias seriam aceitas, com ou sem um desconto no preço.¹⁰¹ Ainda que no *UCC* a *cure* se restrinja ao contrato de compra e venda, seu conceito foi

⁹⁹ *Id.*, p. 47. Ver, a propósito, VAN VUUREN, E. J. Termination of International Commercial Contracts for Breach of Contract: The Provisions of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. In: *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 15, Spring 1998, p. 583-634.

¹⁰⁰ Princípios do UNIDROIT, art. 7.1.7 e respectivo comentário. Sobre a *força maior* nos *Princípios*, ver PERILLO, Joseph. Force Majeure and Hardship under the UNIDROIT Principles of International Contracts. In: *Tulane Journal of International and Comparative Law*, vol. 5, Spring 1997, p. 7-9, 12-21.

¹⁰¹ A norma do *Uniform Commercial Code – 2003 edition* exhibe a seguinte dicção: “§ 2-508. Cure by Seller of Improper Tender or Delivery; Replacement. (1) Where any tender or delivery by the seller is rejected because non-conforming and the time for performance has not yet expired, the seller may seasonably notify the buyer of his intention to cure and may then within the contract time make a conforming delivery. (2) Where the buyer rejects a non-conforming tender which the seller had reasonable grounds would be acceptable with or without money allowance the seller may if he seasonably notifies the buyer have a further reasonable time to substitute a conforming tender.”

popularizado no direito norte-americano, espalhando-se para a generalidade dos contratos.¹⁰²

Os *Princípios* não possuem uma regra sobre o afastamento de *cláusulas abusivas (unconscionable)*.¹⁰³ Contudo, seu art. 7.1.6 regula as *cláusulas exoneratórias*, permitindo que o juiz ou árbitro exerça um “poder moderador”, fundado na *equidade*, e afaste os efeitos de *cláusulas que limitem ou excluam diretamente a responsabilidade do devedor* em caso de inexecução do contrato. Assim, as *cláusulas exoneratórias* são, em princípio, *válidas*, tendo em vista o princípio da liberdade de contratar, mas a parte não poderá dela se prevalecer quando a sua exoneração for manifestamente *contrária à equidade*. Em tais casos a responsabilidade do devedor permanece intacta e o credor poderá obter uma reparação integral pela inexecução do contrato.

(b) *Seção 2 – Direito à execução*

Aqui, disciplina-se o direito da parte de reclamar a *execução específica* do contrato. Derivado do princípio fundamental do *pacta sunt servanda* (art. 1.3), o direito à execução específica é conferido não apenas ao credor de *obrigação pecuniária* (art. 7.2.1), mas também ao de *obrigação não-pecuniária* (art. 7.2.2).

Embora pareça natural aos juristas de formação civilista, a disciplina dessa matéria nos *Princípios* constitui um compromisso entre os sistemas de tradição romano-germânica e os de *common law*, pois nestes últimos, ao contrário daqueles, a *execução específica* constitui tema controverso, sendo admitida apenas em circunstâncias especiais.¹⁰⁴ No Brasil, em particular, o art. 475 do

¹⁰² FARNSWORTH, E. A. *Contracts*. 3. ed. New York: Aspen Law & Business, 1999, p. 587-588.

¹⁰³ A doutrina do “*unconscionability*” permite ao tribunal negar a eficácia de contratos injustos ou abusivos (“*oppressive*”), em virtude de *abusos processuais* derivados da formação do contrato, ou em razão de *abusos substanciais* relativos a cláusulas contratuais, como as que violam a expectativa legítima das partes ou envolvem vantagem excessiva no preço ajustado. Quaisquer destes abusos pode servir de base para uma declaração de “*unconscionability*”, segundo o *BLACK’S LAW DICTIONARY*, 6. ed., St. Paul: West Publishing Co., 1991, p. 1524.

¹⁰⁴ Como ensina P. S. ATIYAH, “[a]s a general principle a person who complains of a breach of contract cannot compel the actual performance of the contract by the other party, but must rest content with compensation in terms of money. In certain circumstances, however, it has long been traditional to say that mere damages would be an inadequate remedy, and in these cases the court may grant a decree of specific performance or injunction, ordering the defendant to do, or abstain from doing, the very thing he agreed upon. (...) Broadly speaking a decree of specific performance is appropriate when the defendant has contracted to do something, while an injunction is appropriate when he has contracted to abstain from doing something (...). These decrees are discretionary in the sense that they cannot be claimed as of right (as damages can) and also in the sense that the court, in considering whether to grant them, can take into account questions of hardship and the like, which would provide no defence to an action for damages (...).” In: *An Introduction to the Law of Contract*. 5. ed., Clarendon Press: Oxford, 1995, p. 424-425.

Novo Código Civil permite a *execução específica* do contrato, assim como os arts. 461, 632 a 641 do Código de Processo Civil, que facultam ao credor das obrigações de fazer a escolha entre a sua *execução específica* ou a conversão em *perdas e danos*. De outro lado, no que tange às obrigações derivadas de *acordo de acionistas*, o art. 118, §§ 3º, 8º e 9º, da Lei das Sociedades Anônimas (Lei 6.404/76) estabelece um regime extrajudicial para a *execução específica* dos acordos de voto nas assembléias de acionistas e nos órgãos de deliberação colegiada das companhias.

Inspirados no art. 46 da Convenção de Viena (1980),¹⁰⁵ que prevê direitos e ações do comprador contra o vendedor em caso de descumprimento contratual, os *Princípios* adotaram como regra a possibilidade de *execução específica* da prestação ajustada. Assim, tratando-se de *obrigação não-pecuniária*, permite-se a execução *in natura* das prestações contratuais, exceto quando: (a) a execução for impossível, jurídica ou materialmente; (b) a execução demande esforços e custos irrazoáveis; (c) o credor possa razoavelmente obter o cumprimento da obrigação de outro modo; (d) a execução seja personalíssima; ou (e) o credor não tenha exigido o cumprimento da prestação em prazo razoável, a partir do momento em que tomou, ou deveria ter tomado, conhecimento da inexecução.¹⁰⁶

Ainda nesse tocante, o art. 7.2.3 contempla a hipótese de *cumprimento defeituoso* da prestação, e autoriza o credor a exigir-lhe a *reparação* ou a *substituição*, assim como *qualquer medida de correção (cure)* do seu cumprimento defeituoso. Tal hipótese é diversa da tratada no art. 7.1.4, que rege o direito conferido ao *devedor* de “curar” a execução de sua prestação. O art. 7.2.4 também autoriza o tribunal a aplicar penalidade pecuniária (*astreinte judiciaire*) ao devedor até o efetivo cumprimento da prestação devida.¹⁰⁷

(c) Seção 3 – Resolução

Aqui, os *Princípios* enfrentam as situações nas quais se reconhece ao credor o direito de reclamar a *resolução* do contrato em caso de *inexecução essencial*.

À guisa de introdução, note-se que a terminologia empregada nos *Princípios* é similar, em substância, à adotada no direito brasileiro, que prevê, como formas

¹⁰⁵ O art. 46 da Convenção de Viena (1980) dispõe o seguinte: “1) El comprador podrá exigir al vendedor el cumplimiento de sus obligaciones, a menos que haya ejercitado un derecho o acción incompatible con esa exigencia. 2) Si las mercaderías no fueron conformes al contrato, el comprador podrá exigir la entrega de otras mercaderías en sustitución de aquéllas sólo si la falta de conformidad constituye un incumplimiento esencial del contrato y la petición de sustitución de las mercaderías se formula al hacer la comunicación a que se refiere el artículo 39 o dentro de un plazo razonable a partir de ese momento. 3) Si las mercaderías no fueron conformes al contrato, el comprador podrá exigir al vendedor que las repare para subsanar la falta de conformidad, a menos que esto no sea razonable habida cuenta de todas las circunstancias. La petición de que se reparen las mercaderías deberá formularse al hacer la comunicación a que se refiere el artículo 39 o dentro de un plazo razonable a partir de ese momento.”

¹⁰⁶ Princípios do UNIDROIT, art. 7.2.2 e respectivo comentário.

¹⁰⁷ Princípios do UNIDROIT, art. 7.2.1, 7.2.2 e 7.2.4, e respectivos comentários.

anômalas de extinção do contrato, a *resolução*, a rescisão e a rescisão. Em quaisquer delas, o contrato não alcança o exaurimento normal de seu conteúdo, segundo a expectativa das partes, mas sofre algum desvio que, em virtude de *causas supervenientes* à sua formação, determina a sua extinção prematura. Em particular, a *resolução* toca aos casos de *inexecução* do contrato, isto é, à falta de cumprimento das obrigações devidas por um dos contratantes, imputável ou não ao devedor.¹⁰⁸ Já no direito contratual norte-americano, por exemplo, a *termination* abrange tanto a extinção do contrato por inadimplemento de uma das partes (*cancellation*) como por outras causas, como se extrai do § 2-106 do *UCC*.¹⁰⁹ Assim, o conceito de *resolução* adotado nos *Princípios* corresponde, em linhas gerais, ao adotado no direito brasileiro, diferindo ligeiramente do conceito empregado no direito norte-americano.

Cabe a *resolução* do contrato assim nos casos em que o devedor é responsável pela inexecução como naqueles em que ele se acha exonerado dos efeitos da inexecução, de tal sorte que o credor não lhe pode reclamar a execução específica da prestação, nem perdas e danos.¹¹⁰ Demais disso, no sistema dos *Princípios*, a *resolução* só tem lugar quando houver *inexecução essencial*, caracterizada segundo os critérios indicados no art. 7.3.1(2) e as peculiaridades de cada caso concreto. Portanto, será *essencial* a inexecução: *a*) que privar substancialmente o credor daquilo que legitimamente esperava do contrato, salvo se o devedor não previu ou não podia razoavelmente prever tal resultado; *b*) quando o cumprimento estrito da obrigação for da essência do contrato; *c*) quando a inexecução for intencional ou temerária; *d*) quando a inexecução criar no credor a convicção de que não poderá contar com o cumprimento futuro pela outra parte; e *e*) quando o devedor vir a sofrer, em caso de resolução, um prejuízo excessivo resultante da preparação ou da execução do contrato.¹¹¹ Não é necessário que tais critérios sejam cumulativos, em sua totalidade, mas é indispensável que concorram, em certa medida, para se determinar à luz do caso concreto se houve, ou não, inexecução essencial do contrato.

Por exemplo, se “A”, situada na Rússia, compra carne industrializada de “B”, situada no Brasil, e o governo russo decide impor um embargo às importações de carne originária do Brasil, o art. 7.3.1 dos *Princípios* conferem a “B” o direito de

¹⁰⁸ Sobre o tema, ver: GOMES, Orlando. *Contratos*. 11. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 188-203. Segundo o art. 474 do Código Civil, sempre haverá uma cláusula resolutiva no contrato: (i) se expressa, ela opera efeitos de pleno direito; (ii) se tácita, depende, para surtir efeitos, de interpelação judicial. Por outro lado, o art. 475 garante à parte lesada pelo inadimplemento o direito de pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.

¹⁰⁹ FARNSWORTH, E. A. *Contracts*. 3. ed. New York: Aspen Law & Business, 1999, p. 579, nota 2.

¹¹⁰ Princípios do UNIDROIT, art. 7.3.1, e respectivo comentário.

¹¹¹ Princípios do UNIDROIT, art. 7.3.1, e respectivo comentário. Para o conceito de *fundamental breach* no direito norte-americano e no direito convencional, ver PAULY, Clemens. The Concept of Fundamental Breach as an International Principle to Create Uniformity of Commercial Law. In: *Journal of Law and Commerce*, vol. 19, Spring 2000, p. 221-243.

PRINCÍPIOS DO UNIDROIT RELATIVOS AOS CONTRATOS...

resolver o contrato, ainda que a inexecução não seja imputável a qualquer fato do contratante A. De modo semelhante às normas sobre *anulação do contrato*, contidas no capítulo 3, esta seção permite que o *direito à resolução* seja exercido mediante *notificação* dirigida à outra parte (art. 7.3.2).

O art. 7.3.5 governa os *efeitos da resolução* do contrato, consignando que as partes ficam liberadas, no futuro, de suas obrigações respectivas, sem que tal liberação exclua, todavia, o seu direito de reclamar perdas e danos pela inexecução. A norma afasta, ainda, os efeitos liberatórios das cláusulas relativas à solução de controvérsias e das que se destinem a produzir efeitos mesmo em caso de resolução (como a de *confidencialidade* ou a de *não-concorrência*). Por fim, o art. 7.3.6 disciplina a *restituição* (*restitution*) das partes ao *statu quo ante*, após a resolução do contrato.¹¹²

As normas sobre resolução, em especial o art. 7.3.1, foram didaticamente aplicadas pelo tribunal arbitral (CCI) que decidiu o famoso caso *Andersen Consulting*. Confira-se:

“4. Whether AWSC's breach amounts to a fundamental non-performance of its obligations.

[...]

The Unidroit criteria cited by AWSC proclaim [Article 7.3.1(2) of the Unidroit Principles]:

In determining whether a failure to perform an obligation amounts to a fundamental non-performance regard shall be had, in particular, to whether:

- a. the non-performance substantially deprives the aggrieved party of what it was entitled to expect under the contract unless the other party did not foresee and could not reasonably have foreseen such result;
- b. strict compliance with the obligation which has not been performed is of essence under the contract;
- c. the non-performance is intentional or reckless;
- d. the non-performance gives the aggrieved party reason to believe that it cannot rely on the other party's future performance;
- e. the non-performing party will suffer disproportionate loss as a result of the preparation or performance if the contract is terminated.

[...]

In light of the above findings, AWSC's conduct amounts to a fundamental non-performance of its obligations under the MFIFAs.

¹¹² HARTKAMP, Arthur S. *Principles of Contract Law*. In: HARTKAMP, A. S., HESSELINK, M. W., HONDIUS, E. H. *et al.* (eds.). *Towards a European Civil Code*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1994, p. 47.

L. GAMA JR.

First, AWSC failed to coordinate all the AWO member firms, particularly by neglecting two of its critical functions: to develop annual operating plans for all the member firms' practices and to make its best efforts to address and resolve the scope of service issue.

AWSC's failure to exercise its best efforts to coordinate the member firms' practices substantially deprived Claimants of the cooperation they were entitled to expect under the MFIFAs.

[...]

Second, strict compliance by AWSC of its obligation to coordinate the practices of the ACBU and the AABU member firms is of the essence of the MFIFAs.

[...]

Third, AWSC's non-performance gives Claimants reason to believe that they cannot rely on AWSC's future performance.

[...]

Fourth, Respondents will not suffer a disproportionate loss as a result of the preparation or performance if Claimants' MFIFAs are terminated.

AWSC cannot possibly suffer any harm from the termination of its contractual relationship with the ACBU member firms because AWSC is an instrumentality for the purpose of coordinating the member firms' professional practice.

[...]

Moreover, the AABU member firms' past performance to the ACBU member firms has been more than compensated by the significant amounts received from the ACBU member firms as transfer payments.”¹¹³

¹¹³ Final Award in the arbitration of Andersen Consulting Business Unit Member Firms vs. Arthur Andersen Business Unit Member Firms and Andersen Worldwide Société Coopérative. 28.07.2000 – Arbitral award – ICC International Court of Arbitration, case 9797, UNILEX (www.unilex.info) – Unidroit Principles – cases (by date). Um resumo do caso, com trechos da sentença arbitral, é encontrado em MARRELLA, Fabrizio e GÉLINAS, Fabien. Les Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international dans l'arbitrage de la CCI. In: *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, v. 12, n. 2, Fall 2001, p. 88-95. Ver também, tópico 4 (g), *supra*, onde tratei dos traços fundamentais dos *Princípios*, em particular do *princípio da boa-fé e da lealdade negocial*.

(d) Seção 4 – Perdas e danos

Observando o *princípio geral* estabelecido nos sistemas jurídicos contemporâneos, os *Princípios do UNIDROIT* asseguram à parte que tenha sofrido prejuízo com a inexecução parcial ou total do contrato o direito de reclamar da outra o respectivo ressarcimento, salvo quando exista uma causa de *força maior* (art. 7.1.7) ou cláusula exoneratória de responsabilidade (art. 7.1.6).

O direito a perdas e danos, previsto no art. 7.4.1, não exclui a possibilidade de o credor combiná-las com *outras medidas de ressarcimento*, como a “correção” (*cure*), a publicação de *mea culpa* em jornais e outras formas de reparação do prejuízo. Além disso, o direito se estende também à *fase pré-contratual*, como prevêem os arts. 2.1.15 (negociações de má-fé), 2.1.16 (violação do dever de confidencialidade) ou 3.18, que disciplina o ressarcimento das perdas e danos sofridos pela vítima em razão da anulação do contrato por erro, dolo, coação ou lesão.

O art. 7.4.2 estabelece o princípio da *compensação integral* (*full compensation*), que inclui não apenas a indenizabilidade dos prejuízos sofridos e dos lucros cessantes, mas também dos *danos não-pecuniários* ou não-patrimoniais, entre nós conhecidos como *danos morais*. O sistema exige a *certeza do dano* (art. 7.4.3), ou seja, que a ocorrência do prejuízo seja razoavelmente certa, e não hipotética ou eventual. Todavia, permite a indenização da *perda de uma oportunidade*, na medida das chances de sua realização. Quando o montante do prejuízo não for suscetível de fixação com grau adequado de certeza, a norma autoriza que o tribunal o determine discricionariamente, com base na *equidade*.

Inspirado na solução adotada pelo art. 74 da Convenção de Viena, o art. 7.4.4 dos *Princípios* resolveu limitar o *prejuízo reparável* ao *prejuízo previsível* pelo devedor.¹¹⁴ Tal exigência se combina com a da *certeza do dano* (art. 7.4.3), e funda-se na previsibilidade do dano determinada à luz do momento da celebração do contrato e da pessoa do devedor (ou, eventualmente, de seus colaboradores), tendo como critério de referência a previsão razoável que uma pessoa normalmente diligente faria sobre as conseqüências de uma eventual execução.¹¹⁵

A esse respeito, confira-se a decisão arbitral (CCI) proferida em litígio entre duas empresas colombianas acerca da *inexecução* de contrato de venda de energia elétrica. Na espécie, a ré defendeu-se alegando a nulidade do contrato, baseada na ausência de seu registro público, o que foi rejeitado pelo tribunal. Ao julgar o

¹¹⁴ O art. 74 da Convenção de Viena (1980) exhibe a seguinte dicção: “La indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato en que haya incurrido una de las partes comprenderá el valor de pérdida sufrida y el de la ganancia dejada de obtener por la otra parte como consecuencia del incumplimiento. Esa indemnización no podrá exceder de la pérdida que la parte que haya incurrido en incumplimiento hubiera previsto o debiera haber previsto en el momento de la celebración del contrato, tomando en consideración los hechos de que tuvo o debió haber tenido conocimiento en ese momento, como consecuencia posible del incumplimiento del contrato.”

¹¹⁵ Princípios do UNIDROIT, art. 7.4.4 e respectivo comentário.

pleito de *perdas e danos* da autora, o tribunal referiu-se aos comentários oficiais do art. 7.4.3 (*certeza do prejuízo*) dos *Princípios do UNIDROIT*, a fim de determinar em que medida uma perda eventual (*contingent loss*) ou a perda de uma oportunidade poderiam ser compensados. Valeu-se, igualmente, do art. 7.4.8 (*atenuação do prejuízo*) para estabelecer o princípio segundo o qual a reparação das perdas e danos, mesmo que destinada a compensar a parte agravada, não pode impor um ônus exagerado ao contratante responsável. E, por fim, empregou o art. 7.4.4 (*previsibilidade do prejuízo*) para limitar os danos reparáveis aos que seriam razoavelmente previsíveis pela parte inadimplente, à época da celebração do contrato, como resultado de sua inexecução.¹¹⁶

Como princípio geral, o art. 7.1.2 (fato do credor) *descaracteriza a inexecução* quando a conduta em questão é imputável, comissiva ou omissivamente, ao credor, ou o risco do evento causador da inexecução tenha sido por ele assumido. Em decorrência dessa norma, o art. 7.4.7 (prejuízo parcialmente imputável ao credor) autoriza a *redução proporcional* das perdas e danos devidas, na medida da participação do credor na ocorrência do dano. Ademais, o art. 7.4.8 (atenuação do prejuízo) impõe ao credor um dever de *atenuar o prejuízo* suportado, penalizando-o nas situações em que opta por esperar, passivamente, o momento da indenização, quando poderia adotar medidas razoáveis para evitar ou mitigar o prejuízo. Portanto, a regra exonera o devedor da responsabilidade pelos prejuízos que o credor, através da adoção de medidas razoáveis, poderia ter atenuado. Tal dever, contudo, não pode implicar no empobrecimento do credor, vítima da inexecução contratual. Por esta razão é que a regra também lhe permite cobrar do devedor as despesas razoáveis nas quais haja incorrido em vista da *atenuação do prejuízo*.

Finalmente, o art. 7.4.13 permite aos contratantes pré-fixar a indenização devida no caso de inexecução, independentemente do prejuízo efetivamente sofrido. Reproduz a permissão, contida em vários direitos nacionais, de acordo prévio entre as partes para facilitar o processo de reparação (*cláusula penal compensatória*, no direito civil, e *liquidated damages*, no *common law*), ou, ainda, de estipulação de mecanismo destinado a dissuadir as partes contra a inexecução, mediante a imposição de sanção econômica.¹¹⁷ A regra também autoriza a redução proporcional da pena contratual caso o montante fixado revele-se manifestamente excessivo em relação ao prejuízo decorrente da inexecução, bem assim de outras circunstâncias.¹¹⁸

¹¹⁶ 00.12.2000 – ICC International Court of Arbitration, case 10346, UNILEX (www.unilex.info) – Unidroit Principles – cases (by date).

¹¹⁷ No direito brasileiro, a cláusula penal (art.s. 408 a 416 do NCC) exerce as duas funções.

¹¹⁸ Confira-se, a respeito, o seguinte caso julgado por arbitragem: 05.06.1997 – International Arbitration Court of the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation, case 229/1996, UNILEX (www.unilex.info) – Unidroit Principles – cases (by date).

Adiante, vejam-se os *novos capítulos* introduzidos em 2004.¹¹⁹

4.7 *Compensação (Capítulo 8)*

É muito freqüente na prática do comércio internacional que duas partes sejam, ao mesmo tempo, credora e devedora uma da outra, de obrigação em dinheiro ou noutros bens fungíveis, e uma das partes pretenda compensar (*set-off*) a sua obrigação com a da outra parte, evitando, assim, o movimento desnecessário de dinheiro e mercadorias.¹²⁰

No direito brasileiro, bem como em várias legislações civis, a compensação é tratada como modalidade de extinção das obrigações.¹²¹ Geralmente, exige-se-lhe as seguintes condições: (i) que as partes sejam, ao mesmo tempo, credora e devedora uma da outra (reciprocidade de débitos); e (ii) que as dívidas objeto da compensação sejam *certas* (ou seja, insuscetíveis de contestação), *líquidas* (quanto aos seus respectivos montantes) e *exigíveis* (pelos credores respectivos), e (iii) refiram-se a *coisas fungíveis* e de mesma qualidade. Assim, cada uma das partes pode compensar sua dívida com a da outra parte, extinguindo-se as obrigações até onde se compensarem. A compensação evita, pois, que cada parte tenha de executar separadamente a sua própria dívida.

Nos *Princípios do UNIDROIT 2004* os requisitos da compensação encontram-se no art. 8.1.¹²² A exigência de *fungibilidade* das dívidas objeto da compensação (isto é, dívida em dinheiro por dívida em dinheiro, dívida de café por dívida de café, e assim por diante) foi substituída pela exigência de dívidas de “*mesma natureza*”. Este conceito, mais amplo que o de dívidas fungíveis, permite, por exemplo, a compensação de dinheiro expresso em diferentes moedas, desde

¹¹⁹ Para uma resenha das novas normas, ver BONELL, M. J. UNIDROIT Principles 2004 – The New Edition of the Principles of International Commercial Contracts adopted by the International Institute for the Unification of Private Law. In: *Uniform Law Review/Revue de Droit Uniforme*. The Hague: Kluwer Law International/UNIDROIT, 2004, p. 5-40, também disponível, juntamente com as referidas normas, no sítio Internet do UNIDROIT: www.unidroit.org (último acesso: 18.10.2004).

¹²⁰ BONELL, M. J. UNIDROIT Principles 2004 – The New Edition of the Principles of International Commercial Contracts adopted by the International Institute for the Unification of Private Law. In: *Uniform Law Review/Revue de Droit Uniforme*. The Hague: Kluwer Law International/UNIDROIT, 2004, p. 23.

¹²¹ No direito brasileiro, a compensação é regida pelos arts. 368 a 380 do novo Código Civil. Confira-se também: v.g., arts. 1.672 a 1.682 do Código Civil do Québec (1994), art. 120 a 126 do Código de Obrigações suíço, arts. 1.497 a 1.514 do Código Civil uruguaio.

¹²² Princípios do UNIDROIT, art. 8.1 (*requisitos para a compensação*): “1) Quando duas pessoas forem reciprocamente devedoras de somas em dinheiro ou de dívidas da mesma natureza, uma delas (‘a primeira parte’) poderá compensar a dívida que possui em face de seu credor (‘a outra parte’) se, no momento da compensação, a) a primeira parte tiver o direito de pagar a sua dívida; b) a dívida da outra parte for certa, quanto à sua existência e seu montante, e exigível; 2) Se as dívidas de ambas as partes provierem de um mesmo contrato, a primeira parte poderá compensar a sua dívida com uma dívida da outra parte, que não seja certa quanto à sua existência ou seu montante.”

L. GAMA JR.

que livremente conversíveis (art. 8.2), ou, ainda, de dinheiro e títulos (desde que igualmente conversíveis).

Como nos direitos nacionais, a regra do art. 8.1 impõe que as dívidas a serem compensadas sejam *certas* (quanto à sua existência e montante, o que, neste último caso, equivale à dívida líquida) e *exigíveis*. Em alguns casos, contudo, a determinação da exigibilidade da dívida dependerá da lei aplicável, eis que os *Princípios* não versam a sua qualificação (v.g., como obrigação natural ou moral), nem afirmam o direito correspondente de exercer a compensação. Como meio de eliminação simultânea de débitos recíprocos, é possível utilizar a compensação entre dívidas oriundas de um mesmo contrato e, igualmente, de fontes obrigacionais distintas. No primeiro caso, o sistema dos *Princípios* autoriza a compensação mesmo que a obrigação seja incerta quanto à sua existência ou ao seu montante. Por exemplo, podem as partes ter certeza quanto à existência de uma obrigação de indenizar, mas não a haver ainda liquidado. Se dela constar um montante mínimo incontroverso, a parte credora da indenização poderá compensá-lo com sua própria dívida até este montante, mesmo que o total da indenização devida ainda seja desconhecido.¹²³

Os *Princípios* não contemplam a hipótese de *compensação legal*, isto é, a que independe de convenção e se impõe à parte mesmo contra a sua vontade, nem exigem *declaração judicial* para tal fim. Em qualquer hipótese, o direito à compensação é exercido mediante notificação dirigida pelo interessado à outra parte (arts. 8.3 e 8.4).¹²⁴

4.8 Cessão de créditos, transmissão de dívidas e cessão de contratos (Capítulo 9)

Suprindo relevante lacuna na disciplina jurídica das transações comerciais internacionais, que nem mesmo dois recentes instrumentos de direito uniforme lograram colmatar,¹²⁵ os *Princípios do UNIDROIT 2004* agora contemplam os institutos da *cessão de créditos*, da *transmissão de débitos* e da *cessão de contratos*.

¹²³ Princípios do UNIDROIT, art. 8.1(2), e respectivo comentário.

¹²⁴ BONELL, M. J. UNIDROIT Principles 2004 – The New Edition of the Principles of International Commercial Contracts adopted by the International Institute for the Unification of Private Law. In: *Uniform Law Review/Revue de Droit Uniforme*. The Hague: Kluwer Law International/UNIDROIT, 2004, p. 23.

¹²⁵ São eles: (i) a Convenção do UNIDROIT sobre *Factoring* Internacional (Ottawa, 1988); e (ii) a Convenção da ONU sobre a Cessão de Recebíveis no Comércio Internacional (Nova York, 2001). Tais instrumentos, contudo, não obtiveram grande aceitação: a primeira, em vigor desde 1995, foi ratificada por apenas seis países (França, Alemanha, Hungria, Itália, Lituânia e Nigéria); a segunda, ainda não em vigor, apenas foi assinada por três países (Luxemburgo, Madagascar e Estados Unidos). Para maiores informações sobre tais convenções, ver o sítio Internet da Comissão da ONU para o Direito do Comércio Internacional: www.uncitral.org (último acesso: 25.05.2005) e o sítio do UNIDROIT: www.unidroit.org (último acesso: 25.05.2005).

(a) *Cessão de créditos (Capítulo 9, Seção 1)*

Dependendo da circunstância em que se ache o credor de uma obrigação em dinheiro ou de outro tipo de prestação, pode lhe ser útil ceder seu crédito a uma outra pessoa. Assim, por exemplo, a *cessão de créditos* do cliente ao banco pode viabilizar o seu financiamento junto à instituição. Mecanismos mais modernos e sofisticados de financiamento ou garantia de negócios, como o *factoring* e a *securitização*,¹²⁶ também se apóiam, essencialmente, em cessões de créditos. Tais operações, correntes no comércio doméstico, também o são no comércio internacional, razão pela qual foram disciplinadas nos *Princípios 2004*.

O art. 9.1.1 define a *cessão de créditos*, abrangendo todas as cessões *convencionais* (inclusive as realizadas mediante *security*) feitas por uma pessoa (o *cedente* ou *assignor*) a outra (o *cessionário* ou *assignee*), de um crédito relativo a quantia em dinheiro ou outra prestação, devido pelo cedente em face de uma terceira pessoa (o *devedor* ou *obligor*).¹²⁷ Contudo, resta excluída da disciplina (art. 9.1.2) a cessão ou transferência de créditos operada mediante títulos negociáveis (como as *letras de câmbio*), títulos de propriedade (conhecimentos de embarque ou *bills of lading, warrants* etc.) e instrumentos financeiros (como *ações* ou *debêntures*). Também se exclui a cessão que deriva da sucessão comercial, isto é, da transferência de uma empresa, pois tais temas sujeitam-se a normas especiais, nacionais ou internacionais, determinadas pelo direito aplicável à relação jurídica, e freqüentemente exigem certas formalidades insuscetíveis de apreensão por uma disciplina universal como a dos *Princípios*.

A cessão pode ser *parcial*, tanto no caso de obrigação de dinheiro como no de uma prestação não-pecuniária. Porém, neste último caso, sua possibilidade fica restrita às *obrigações divisíveis*, sendo claramente vedada na hipótese de a prestação tornar-se substancialmente mais onerosa para o devedor.¹²⁸ Os *Princípios* também admitem a cessão de *créditos futuros* (art. 9.1.5), desde que determináveis, ou seja, identificáveis quando de sua constituição. Assim, pode-se

¹²⁶ Por definição, o *factoring* (ou *faturização*) consiste na operação pela qual um comerciante cede a outro os créditos, na totalidade ou em parte, de suas vendas a terceiros, recebendo em contrapartida o montante desses créditos, mediante o pagamento de uma remuneração (ou deságio). Por seu turno, a *securitização* exprime um processo mediante o qual uma variedade de ativos financeiros e não-financeiros (“ativos-base” ou créditos ou recebíveis) são transferidos para uma sociedade de propósito específico que, com base neste “lastro”, emite títulos negociáveis (ações, debêntures etc.), que são negociados no mercado junto a investidores, gerando novos recursos. Os fluxos de caixa gerados pelos ativos-base são usados para pagar o principal e os encargos dos títulos (“*securities*”), além das despesas da operação.

¹²⁷ No direito brasileiro, a *cessão de crédito* é definida como um negócio jurídico bilateral, gratuito ou oneroso, pelo qual o credor de uma obrigação (cedente) transfere, no todo ou em parte, a terceiro (cessionário), independentemente do consenso do devedor (cedido), sua posição na relação obrigacional, com todos os acessórios e garantias, salvo disposição em contrário, sem que se opere a extinção do vínculo obrigacional. Sua disciplina é dada pelos arts. 286 a 298 do novo Código Civil.

¹²⁸ Princípios do UNIDROIT, art. 9.1.4, e respectivo comentário. Veja-se, no mesmo sentido, o art. 9.1.3.

vislumbrar a cessão de créditos de uma empresa, derivados de um futuro contrato de exportação de seus produtos. Finalmente, o art. 9.1.6 autoriza a cessão de uma *universalidade* creditória (*bulk assignment*), isto é, de créditos despidos de designação individual.

Como regra geral (art. 9.1.7), a cessão de crédito aperfeiçoa-se através da *mera convenção* entre cedente e cessionário, sem que seja necessária a *notificação do devedor*. Tampouco se exige o *consentimento do devedor*, a menos que a obrigação, pelos seus contornos, possua caráter personalíssimo. Contudo, embora a cessão não afronte necessariamente os direitos e obrigações do devedor, este terá direito a uma *indenização* (a ser paga pelo cedente ou pelo cessionário) pelas despesas suplementares nas quais tiver incorrido em virtude da cessão (art. 9.1.8), ou seja, em razão da execução de sua obrigação perante o cessionário, em vez do credor original.

A cessão do crédito sem o consentimento do devedor pode ser afetada pela existência de *cláusula de não-cessibilidade* (art. 9.1.9), firmada entre o credor original (cedente) e o devedor (cedido), que, limitando ou proibindo o negócio, preserve o vínculo com o credor original.¹²⁹ A regra dos *Princípios* busca estabelecer um justo equilíbrio entre os interesses contrapostos do devedor e do cessionário, pois, se o primeiro pode ter um direito contratual violado pela cessão, o segundo também merece algum tipo de proteção, especialmente se tiver agido de boa-fé.¹³⁰ A idéia subjacente é o favorecimento da cessão de créditos, tendo em vista a sua importância no financiamento do comércio internacional, mesmo que isso se dê em detrimento do *pacta sunt servanda*. Assim, o art. 9.1.9(1) assegura a proteção ao cessionário de um crédito pecuniário contra os efeitos da *cláusula proibitiva da cessão*, permitindo que o negócio alcance plena eficácia. Já nos casos que envolvam a cessão de uma obrigação não-pecuniária, que não goza do mesmo prestígio dos créditos pecuniários, a cláusula de não-cessão opera efeitos em relação ao cessionário, invalidando a cessão, a menos que o cessionário dela não tivesse (ou não devesse ter) conhecimento.¹³¹

A cessão de crédito aperfeiçoa-se *sem* o consentimento do devedor, na presunção de que não prejudicará a sua posição jurídica. Assim, o devedor poderá opor ao cessionário todas as exceções (meios de defesa) que lhe competirem, inclusive as que tinha contra o cedente no momento em que tomou ciência da cessão. Nessa linha, além das exceções oponíveis ao cessionário, pode o devedor

¹²⁹ Princípios do UNIDROIT, art. 9.1.9 (*cláusulas de não-cessão*): 1) É válida a cessão de um crédito relativo ao pagamento de uma soma em dinheiro, nada obstante a existência de acordo entre o cedente e o devedor que limite ou proíba tal cessão. Todavia, o cedente poderá ser responsabilizado pela inexecução do contrato em face do devedor. 2) A cessão de um crédito relativo à execução de uma outra prestação não é válida se afrontar um acordo entre o cedente e o devedor que limite ou proíba tal cessão. Todavia, a cessão será válida se o cessionário, no momento da cessão, não tinha conhecimento, nem deveria tê-lo, da existência de tal acordo. Nesse caso, o cedente poderá ser responsabilizado pela inexecução do contrato em face do devedor.”

¹³⁰ O art. 286 do novo Código Civil brasileiro também protege o cessionário de boa-fé.

¹³¹ Princípios do UNIDROIT, art. 9.1.9 e respectivo comentário.

alegar, em defesa, a execução defeituosa das obrigações do credor original, bem como o direito à compensação, desde que pré-existentes à sua notificação. Embora o art. 9.1.11 regule a exoneração do devedor na hipótese de *cessões sucessivas* de um mesmo crédito, afirmando a eficácia do pagamento feito ao cessionário que o tenha notificado em primeiro lugar, os *Princípios do UNIDROIT 2004* deixaram deliberadamente de reger a *ordem de preferência* entre o cessionário e demais credores privilegiados ou quirografários do cedente.¹³² A razão disso está na relação entre tais questões e o direito de propriedade, cuja disciplina ultrapassa as pretensões de um instrumento de *soft law* como os *Princípios* e se acha melhor colocada nas regras do direito aplicável à relação.¹³³

(b) *Transmissão (ou cessão) de débitos (Capítulo 9, Seção 2)*

A importância econômica do tema no comércio internacional não é desprezível. Conforme o art. 9.2.1, a transmissão pode ocorrer de duas formas: (i) mediante acordo entre o devedor primitivo (*original obligor*) e o novo devedor (*new obligor*), ou (ii) por acordo entre o credor (*obligee*) e o novo devedor. Em quaisquer das hipóteses, o negócio exige o *consentimento do credor (obligee)*, como preceitua o art. 9.2.3 dos *Princípios*, seguindo a orientação de vários direitos nacionais.¹³⁴ Diversamente da cessão de créditos, a substituição do devedor determinada pela transmissão de dívidas pode modificar substancialmente a posição do credor, perturbando a qualidade de seu crédito. Daí exigir-se a sua anuência com a operação, nada impedindo, entretanto, que tal anuência seja antecipada pelo credor (artigo 9.2.4).

A *liberação do devedor original* fica a critério do credor e, somente no caso do art. 9.2.1(b), também do novo devedor. Segundo o art. 9.2.5 dos *Princípios*, três alternativas se abrem para o credor, que pode: (i) exonerar integralmente o devedor original; (ii) manter o devedor original como co-obrigado para, subsidiariamente, responder pelas obrigações assumidas pelo novo devedor; e (iii) estabelecer a solidariedade entre o devedor original e o novo devedor. Na ausência de escolha pelo credor, aplica-se a hipótese de *solidariedade* entre o devedor original e o novo devedor, como prevê o art. 9.2.5(3).

O novo devedor pode opor ao credor todos os *meios de defesa* (exceções) que o devedor original tinha em relação ao credor – como, por exemplo, a execução

¹³² No art. 298 do novo Código Civil brasileiro, dispõe-se que: “O crédito, uma vez penhorado, não pode mais ser transferido pelo credor que tiver conhecimento da penhora; mas o devedor que o pagar, não tendo notificação dela, fica exonerado, subsistindo somente contra o credor os direitos de terceiro.”

¹³³ BONELL, M. J. UNIDROIT Principles 2004 – The New Edition of the Principles of International Commercial Contracts adopted by the International Institute for the Unification of Private Law. In: *Uniform Law Review/Revue de Droit Uniforme*. The Hague: Kluwer Law International/UNIDROIT, 2004, p. 25.

¹³⁴ Ao regular a *assunção de dívida*, o art. 299 do novo Código Civil brasileiro exige o consentimento expresso do credor. Confira-se também os arts. 175 e 176 do Código de Obrigações suíço.

defeituosa das obrigações próprias do credor ou uma cláusula de arbitragem –, eis que as obrigações cedidas são idênticas às que obrigavam o devedor primitivo (art. 9.2.7). Porém, não lhe será lícito exercer em face do credor um *direito à compensação* que competia ao devedor primitivo, pois não há reciprocidade de débitos entre o credor e o novo devedor a justificar tal operação.¹³⁵

Finalmente, o art. 9.2.8 considera os *direitos relativos à dívida cedida*. Na transmissão de dívida, esta é transferida ao novo devedor tal como ela é, não apenas com os meios de defesa que o devedor primitivo podia opor ao credor, mas igualmente com todos os direitos de pagamento (em dinheiro ou outra prestação) previstos contratualmente em favor do credor. Por outro lado, a cessão modifica substancialmente o contexto em que as *garantias* foram prestadas. Assim, o art. 9.2.8(2) prevê que a *exoneração do devedor primitivo* determina, em princípio, a extinção de qualquer *garantia pessoal* da obrigação cedida, salvo se o garantidor decidir mantê-la em favor do credor. Nos casos em que a garantia tiver sido prestada por aquele que se tornou o novo devedor, sua extinção será automática, tendo em vista que o devedor não pode prestar garantia pessoal de suas próprias obrigações. Também se extingue a *garantia real* que pese sobre algum ativo do devedor primitivo, salvo quando tal ativo venha a ser transferido ao novo devedor como um elemento da cessão de débitos.¹³⁶

(c) *Cessão de contratos (Capítulo 9, Seção 3)*

Sendo um *valor econômico*, o contrato também pode ser transmitido. Por isso, fala-se em *circulação do contrato* mediante a sua *cessão*, que não se confunde com a mera *cessão de créditos* nem com a *transmissão de débitos*, e implica, ao reverso, a “total transferência, na sua unidade orgânica, dos direitos e obrigações da parte *cedente*”.¹³⁷ Fechando o capítulo, a Seção 3 governa a *cessão de contratos*, definindo-a como a transferência *negocial* por meio da qual um dos contratantes é substituído por outra pessoa, que assume a posição contratual do cedente, com seus respectivos direitos e obrigações. Tal operação inclui, necessariamente, três figuras: (i) o *cedente (assignor)*, ou contratante originário, (ii) o *cessionário (assignee)*, que o substitui, e (iii) a *outra parte*, que permanece na relação contratual e outorga o indispensável consentimento para a operação.¹³⁸

¹³⁵ No direito brasileiro também não é possível a *compensação* sem a reciprocidade de débitos, isto é, a circunstância de que duas pessoas sejam, concomitantemente, credora e devedora uma da outra, excetuando-se a hipótese do fiador, que é terceiro interessado, prevista no art. 371 do novo Código Civil brasileiro: “O devedor somente pode compensar com o credor o que este lhe dever; mas o fiador pode compensar sua dívida com a de seu credor ao afiançado.”

¹³⁶ Princípios do UNIDROIT, art. 9.2.8 e respectivo comentário.

¹³⁷ GOMES, Orlando. *Contratos*. 11. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 163.

¹³⁸ Princípios do UNIDROIT, art. 9.3.1 (*definições*): “Uma ‘cessão de contrato’ consiste na transferência, mediante acordo, por uma pessoa (o ‘cedente’) a outra (o ‘cessionário’), dos direitos e obrigações do cedente derivados de um contrato com outra pessoa (a ‘outra parte’).”

PRINCÍPIOS DO UNIDROIT RELATIVOS AOS CONTRATOS...

A vantagem que oferece é a *economia* que se faz com seu emprego, evitando-se a multiplicação de operações individuais de cessão de direitos e de obrigações, bem como a especificação individual de tais direitos e obrigações. Por exemplo, na construção civil, uma empreiteira pode desejar transferir a sua posição contratual em determinada obra para outra empresa, que assumirá, após a *cessão do contrato*, e, portanto, mediante a celebração de apenas um único negócio jurídico, todas as suas obrigações e direitos em face do dono da obra (a “outra parte”). O art. 9.3.2 restringe o âmbito de aplicação das normas desta seção à *cessão negocial*, deixando de fora as hipóteses de *cessão legal de contratos*, sujeitas às normas do direito aplicável relativas à cessão decorrente de negócios de compra e venda de empresas. Assim, por exemplo, o direito societário brasileiro impõe a cessão de direitos e obrigações entre empresas nas operações de *incorporação* e *fusão* de sociedades anônimas.¹³⁹

Os *Princípios* exigem, além da convenção entre *cedente* e *cessionário*, o *consentimento da outra parte*, ainda que antecipado (arts. 9.3.3 e 9.3.4). A *liberação do cedente* fica a critério da *outra parte*. Segundo o art. 9.3.5, três alternativas se abrem para ela, que pode: (i) exonerar integralmente o cedente; (ii) manter o cedente como devedor co-obrigado, a responder subsidiariamente pelas obrigações do cessionário; e (iii) estabelecer a solidariedade entre o cedente e o cessionário. Em caso de ausência de escolha pela outra parte, aplica-se a hipótese de *solidariedade* entre o cedente e o cessionário.

A cessão de um contrato implica, concomitantemente, uma *cessão de créditos* e uma *cessão de débitos* do cedente ao cessionário. Assim, quanto aos *meios de defesa* e à *compensação*, o art. 9.3.6 reporta-se, na medida que a cessão de contrato comportá-la, às regras pertinentes da *cessão de créditos*, contidas no art. 9.1.13. De outro lado, e em igual medida, indica a aplicação das normas pertinentes da *cessão de débitos*, contidas no art. 9.2.7. Vejam-se os exemplos incluídos nos comentários oficiais dos *Princípios*:

“1. A empresa X terceirizou seu departamento de gestão de riscos ao consultor A. Com o consentimento de X, A cede seu contrato ao consultor B. X sofre em seguida uma perda considerável, para a qual não possuía seguro adequado, em virtude da incompetência de A. No aguardo de uma indenização, X pode suspender o pagamento dos honorários convencionados com B.

2. A companhia aérea A possui contrato de fornecimento de refeições com a empresa X. A cede a exploração de alguns de seus vôos à companhia aérea B. Com a anuência de X, o contrato de fornecimento de refeições é cedido por A à B. Posteriormente, surge uma controvérsia e X aciona B perante o tribunal de seu domicílio. B poderá alegar, com sucesso, como meio de defesa processual, que o contrato cedido continha uma cláusula de arbitragem.”¹⁴⁰

¹³⁹ Cf. Lei 6.404/76, art. 227: “A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações”, e art. 228: “A fusão é a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações.”

¹⁴⁰ Princípios do UNIDROIT, art. 9.3.6 e respectivo comentário.

Na mesma linha do que acima foi dito em relação aos meios de defesa e à compensação, ao regular os *direitos transmitidos com o contrato*, o art. 9.3.7 reporta-se, na medida em que a cessão de contrato comportá-la, às regras pertinentes da *cessão de créditos*, contidas no art. 9.1.14. De outro lado, e em igual medida, indica a aplicação das normas pertinentes da *cessão de débitos*, contidas no art. 9.2.8.

4.9 Prazos de prescrição (Capítulo 10)

Em nome da segurança e estabilidade das relações jurídicas, todos os sistemas nacionais reconhecem a influência que o decurso do tempo exerce sobre os direitos. No direito comparado, existem basicamente dois sistemas. Conforme o primeiro, adotado no Brasil, no Québec (Canadá) e no *Uniform Commercial Code* norte-americano, o decurso do tempo extingue os *direitos e ações* correspondentes.¹⁴¹ Pelo segundo sistema, o decurso do tempo representa apenas um *meio de defesa* a ser invocado na ação. No plano internacional, a Convenção da ONU sobre a Prescrição na Compra e Venda Internacional de Mercadorias (Nova York, 1974),¹⁴² que complementa, nesse tocante, as normas da Convenção de Viena (1980), constitui uma referência sobre o assunto, tendo exercido óbvia influência sobre a construção do sistema dos *Princípios*.

Incorporando tendências inovadoras sobre o tema, os *Princípios do UNIDROIT 2004* adotaram, neste capítulo, o sistema segundo o qual a expiração de um prazo prescricional não fulmina diretamente direitos e ações, mas constitui apenas um *meio de defesa* a ser oposto contra o titular do direito.¹⁴³ Note-se, em

¹⁴¹ No direito brasileiro, dois institutos concorrem para a extinção de direitos e ações: a *prescrição* e a *decadência*. Os prazos de *prescrição* são fixados por lei para o exercício de uma *pretensão* em defesa de um direito subjetivo violado, podendo tais prazos sofrer suspensão, interrupção ou impedimentos, além de ser objeto de renúncia pela parte (arts. 189 a 206 do novo Código Civil). Por outro lado, a fluência de um prazo de *decadência* determina a extinção do *direito* pela falta de exercício dentro de certo prazo, podendo ser estabelecido por lei ou pela vontade das partes, e não admitindo suspensão ou interrupção (arts. 207 a 211 do novo Código Civil). Assim também no Código Civil do Québec (arts. 2.875 a 2.909), embora sem a distinção entre prescrição e decadência, encontrada no direito brasileiro. Sobre o *statute of limitations* no *U.C.C*, ver, por exemplo, o § 2-725, referente aos *contracts for sale*.

¹⁴² A Convenção da ONU sobre a Prescrição na Compra e Venda de Mercadorias (Nova York, 1974), alterada pelo Protocolo firmado em 1980, complementa as normas da Convenção de Viena (1980), e estabelece um direito uniforme sobre a prescrição das ações do comprador e do vendedor decorrentes da inexecução, resolução ou invalidade do contrato internacional de compra e venda de mercadorias. Todavia, esta Convenção não goza do mesmo prestígio de sua co-irmã, pois apenas um terço dos signatários da Convenção de Viena a ratificaram, dentre eles poucos países-chaves no comércio internacional, razão pela qual a Convenção é raramente aplicada na prática dos tribunais arbitrais e judiciais.

¹⁴³ Princípios do UNIDROIT, art. 10.1 (*âmbito do capítulo*): “1) Os direitos regidos pelos presentes Princípios não poderão mais ser exercidos após a expiração de um certo lapso de tempo, denominado ‘prazo de prescrição’, segundo as regras do presente Capítulo. 2) O presente Capítulo não disciplina o prazo durante o qual, em virtude dos

PRINCÍPIOS DO UNIDROIT RELATIVOS AOS CONTRATOS...

primeiro lugar, que as normas do Capítulo 10 referem-se exclusivamente à *prescrição extintiva*, deixando de fora a disciplina da *prescrição aquisitiva*, por meio da qual se adquirem direitos após o decurso de certo prazo. Referem-se, também, *apenas* aos direitos previstos nos *Princípios*, como, por exemplo: (i) o de exigir a execução de uma obrigação (art. 7.2.1), (ii) o de pleitear uma outra medida (que a execução específica) em caso de inexecução do contrato (art. 7.2.5), (iii) o de exercer o direito de resolver o contrato (art. 7.3.1), ou, ainda (iv) o de requerer a redução do preço ajustado no contrato em caso de execução defeituosa (art. 7.2.3).

O art. 10.1(2) exclui da disciplina deste capítulo determinados *prazos especiais*, também previstos nos *Princípios*, relativos à aquisição ou exercício de um direito, e que exigem notificação ou a prática de um ato pelo interessado. Tais *prazos especiais*, normalmente denominados de “prazo razoável”, exercem funções semelhantes às dos prazos prescricionais, porém não são por estes afetados, eis que visam a fins e necessidades específicos, produzindo efeitos *independentemente* dos prazos de prescrição. Excepcionalmente, se um “prazo razoável” for mais longo que o prazo prescricional aplicável, o primeiro prevalecerá, tendo em vista a sua finalidade especial. Portanto, ficam alijados da presente regulação, dentre outros, os “prazos razoáveis” relativos a: (i) comunicações no contexto da formação do contrato (arts. 2.1.1 a 2.1.22), (ii) anulação do contrato (art. 3.15), (iii) pleito de renegociação (art. 6.2.3), (iv) demanda de execução (art. 7.2.2.(e)), e (v) resolução do contrato por inexecução (art. 7.3.2(2)).¹⁴⁴

Além disso, o sistema reconhece que as *normas imperativas* do direito nacional porventura aplicável, que disponham sobre os prazos de prescrição, sua suspensão, interrupção, renovação etc., devem prevalecer, por força do art. 1.4, sobre as normas deste capítulo.

O regime da prescrição nos *Princípios* obedece a um sistema *dualista*, que concretiza a idéia segundo a qual o credor da obrigação não deve enfrentar os riscos de oposição de um prazo prescricional antes de ter uma real possibilidade de exercer o seu direito, como decorrência de um conhecimento efetivo ou presumido de sua existência e da identidade do devedor. Assim, o art. 10.2(1) estabelece um *prazo geral* de 3 (três) anos de prescrição, contado a partir do momento em que o credor tomou ciência (ou deveria tê-la tomado) dos fatos (v.g., formação do contrato, entrega do serviço etc.) que lhe permitam exercer o seu direito. De outro lado, o art. 10.2(2) prevê um *maximum cut-off period*, isto é, um prazo máximo ao fim do qual o credor (*obligee*) pode dar seu caso por encerrado, independentemente do conhecimento do devedor. Tal prazo é de 10 (dez) anos, contado do momento no qual o direito poderia ser exercido pelo credor (*obligee*), independentemente de seu conhecimento, efetivo ou presumido.

presentes Princípios, uma parte deve, para adquirir ou exercer seu direito, dirigir uma notificação à outra parte ou praticar um ato diverso da propositura de uma ação.”

¹⁴⁴ Princípios do UNIDROIT, art. 10.1 e respectivo comentário.

Quanto ao termo *a quo* do prazo prescricional geral, os *Princípios* se distanciaram da Convenção da ONU (1974), que adotou o sistema da *data da lesão (accrual test)*, seja para determinar que o prazo começa a correr a partir da data da inexecução (*breach*) do contrato de compra e venda, ou, quando for o caso de demanda versando a não-conformidade de produtos, da data da entrega. Reconhecendo a importância do sistema do *accrual test* no passado e o fato de adequar-se aos contratos de compra e venda, os *Princípios* optaram pela adoção do sistema da descoberta (*discoverability test*), segundo o qual a prescrição começa a correr da ciência real ou presumida do titular acerca de seu direito e da possibilidade de seu respectivo exercício. Esse sistema vem sendo mais amplamente adotado e tem a vantagem de ser mais adequado aos contratos de obras e serviços – que constituem alvo principal dos *Princípios* – nos quais os defeitos podem surgir (e ser notados) apenas anos após a execução do contrato.¹⁴⁵

Para maior clareza, confirmam-se as ilustrações:

“1. A empresa A desenha e constrói uma ponte mediante contrato firmado com o país B. Os engenheiros de A erram ao calcular a resistência de certos pilares de aço. Quatro anos mais tarde, a ponte cai em virtude da combinação do peso de alguns caminhões muito pesados e de uma tempestade. A ação indenizatória movida pelo país B não estará prescrita porque o prazo geral somente começa a fluir no momento da queda da ponte, quando B estava em condições de descobrir os erros de A.

2. Os fatos são idênticos aos da ilustração 1, com a diferença de que a ponte cai onze anos após a sua construção. A ação de indenização do país B estará prescrita em razão do prazo máximo de prescrição previsto no art. 10.2(2). As partes no contrato deverão, portanto, ajustar o prazo máximo de prescrição, nos limites do art. 10.3.”¹⁴⁶

Outra característica importante do sistema, e que o diferencia da Convenção da ONU (1974), é a previsão da *autonomia da vontade* das partes nessa matéria. Assim, os *Princípios* permitem que as partes, mediante acordo, *reduzam ou aumentem os prazos de prescrição*, desde que respeitados certos limites, previstos no art. 10.3.¹⁴⁷

Ao dispor sobre os *efeitos da expiração do prazo prescricional*, o art. 10.9 resume e condensa a orientação adotada nos *Princípios*, afirmando que tal

¹⁴⁵ BONELL, M. J. UNIDROIT Principles 2004 – The New Edition of the Principles of International Commercial Contracts adopted by the International Institute for the Unification of Private Law. In: *Uniform Law Review/Revue de Droit Uniforme*. The Hague: Kluwer Law International/UNIDROIT, 2004, p. 27.

¹⁴⁶ Princípios do UNIDROIT, art. 10.2 e respectivo comentário.

¹⁴⁷ Princípios do UNIDROIT, art. 10.3 (*modificação dos prazos de prescrição pelas partes*): “1) As partes poderão modificar os prazos de prescrição. 2) Todavia, não poderão a) reduzir o prazo geral de prescrição para menos de um ano; b) reduzir o prazo máximo de prescrição para menos de 4 anos; c) aumentar o prazo máximo de prescrição para mais de 15 anos.”

PRINCÍPIOS DO UNIDROIT RELATIVOS AOS CONTRATOS...

expiração não extingue o direito subjacente, somente produz efeitos quando invocada como meio de defesa, e não impede que o direito sempre possa ser invocado como defesa. Portanto, o sistema dos *Princípios* rejeita tanto a corrente processual (*procedural approach*) da prescrição, adotada nos países de *common law*, e segundo a qual a inércia do credor por determinado período de tempo tem por consequência impedi-lo de perseguir o seu direito em juízo, como a corrente substantiva *forte* (*strong substantive approach*), adotada em certos sistemas de direito romano-germânico, segundo a qual o efeito do decurso do tempo é a extinção do direito do credor. Optam por uma corrente substantiva *fraca*, prevalecente no plano internacional, segundo a qual o devedor (*obligor*) apenas tem o direito de recusar a execução da obrigação. Assim, a expiração do prazo prescricional não fulmina o direito do devedor, apenas impede a sua execução. Tampouco possui um efeito automático, devendo ser invocado pelo devedor como meio de defesa, no contexto de qualquer processo, em conformidade com a lei aplicável. Por fim, sempre é possível utilizar um direito prescrito como meio de defesa, já que, segundo os *Princípios*, a expiração do prazo não extingue o direito, razão pela qual o direito do credor não cessa de existir, mesmo que uma ação visando à sua execução possa ser impedida pela invocação, pelo devedor, da expiração do prazo de prescrição.

Como o seu direito continua a existir, o credor pode exercer o *direito à compensação*, satisfazendo os requisitos do artigo 8.1, até que o devedor argua a expiração do prazo de prescrição, opondo-a ao credor, de modo que seu direito à compensação não possa mais ser executado (art. 10.10). Finalmente, também reconhecendo o fato de que, no sistema dos *Princípios*, a expiração de um prazo de prescrição não fulmina o direito subjacente, podendo ser apenas invocado como meio de defesa, o art. 10.11 determina que, se o devedor executa a sua obrigação, nada obstante a invocação da prescrição, a prestação fornecida resta válida enquanto base jurídica que permita ao credor manter sua execução. A simples expiração de um prazo de prescrição não pode ser utilizada como fundamento de uma *ação de restituição* em virtude dos princípios que vedam o *enriquecimento sem causa*.

5. Conclusões

Resumindo as idéias até aqui desenvolvidas, é possível, com margem de segurança jurídica, concluir que:

a. os *Princípios do UNIDROIT*, tanto no plano formal como em substância, constituem um modelo de uniformização jurídica do direito contratual internacional compatível com a maioria dos sistemas jurídicos contemporâneos, notadamente os de tradição civilista (como o brasileiro) e os ligados ao *common law*, revelando o resultado de esforços fundados no moderno comparativismo.

b. suas normas primam pela clareza e flexibilidade, o que permite um *diálogo* profícuo com outras fontes jurídicas aplicáveis ao contrato internacional, notadamente os direitos nacionais e outros instrumentos de direito uniforme, e promove a superação do positivismo clássico (que identifica o direito com a norma jurídica de origem estatal).

L. GAMA JR.

c. a aplicação dos Princípios do UNIDROIT ainda é mais ampla em arbitragens internacionais (confira-se, por exemplo, a autorização expressa do art. 2.º, § 2.º da Lei de Arbitragem brasileira), mas alguns tribunais judiciais já perceberam a sua utilidade em litígios envolvendo contratos internacionais, sobretudo no que toca à justificação internacional das soluções propostas pelo direito nacional aplicável.

É intuitivo perceber que, nada obstante a evolução contemporânea do pensamento jurídico, o fato de os *Princípios do UNIDROIT* não resultarem de processos estatais de criação jurídica ainda representa obstáculo à efetividade de suas normas. Como todo direito de fonte não-estatal, não-legislativa, os *Princípios* constituem a antítese da tradição jurídica positivista, fortemente ancorada nos ordenamentos nacionais.

Sem embargo da presença estatal em alguns de seus segmentos, a realidade do comércio internacional exhibe, a todo momento, a natureza transnacional de suas atividades, como o transporte, o sistema bancário, as telecomunicações, o turismo, a compra e venda de mercadorias e serviços etc. Muitas vezes, tais atividades são desenvolvidas por sociedades criadas segundo as leis de vários Estados ou vinculadas a grupos transnacionais cuja personalidade é difícil discernir. Numerosos contratos celebrados nessa arena fazem referência genérica ao direito internacional, aos princípios gerais de direito ou aos princípios comuns a vários ordenamentos estatais, bem como aos usos do comércio internacional.

É nesse espaço transnacional que florescem instrumentos como os *Princípios do UNIDROIT*, surgidos independentemente de qualquer vontade estatal e cuja existência como direito é demonstrada pela evolução do pensamento jurídico para além do positivismo. Porém, é fato que as relações jurídicas do comércio internacional não existem em espaços ideais, mas sim na realidade cotidiana dos espaços territoriais sujeitos ao império de um direito nacional, com os quais têm de *dialogar*. Esse é o grande desafio para a utilização efetiva dos *Princípios do UNIDROIT relativos aos Contratos do Comércio Internacional 2004*, principalmente para os juízes e tribunais brasileiros.