

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO

LUCAS FERREIRA MARTINS

**A ALOCAÇÃO DO RISCO LEGAL NOS CONTRATOS DE FINANCIAMENTO DE
PROJETO (“PROJECT FINANCE”) E A DEFASAGEM DO DIREITO
INTERNACIONAL PRIVADO BRASILEIRO DOS CONTRATOS**

Porto Alegre

2011

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO

LUCAS FERREIRA MARTINS

**A ALOCAÇÃO DO RISCO LEGAL NOS CONTRATOS DE FINANCIAMENTO DE
PROJETO (“PROJECT FINANCE”) E A DEFASAGEM DO DIREITO
INTERNACIONAL PRIVADO BRASILEIRO DOS CONTRATOS**

Trabalho de Conclusão do Curso de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), apresentado como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Fábio Costa Morosini.

Porto Alegre

2011

LUCAS FERREIRA MARTINS

A ALOCAÇÃO DO RISCO LEGAL NOS CONTRATOS DE FINANCIAMENTO DE PROJETO (“PROJECT FINANCE”) E A DEFASAGEM DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO BRASILEIRO DOS CONTRATOS

Trabalho de Conclusão do Curso de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, oferecido como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovada em Porto Alegre, em 08 de dezembro de 2011.

BANCA EXAMINADORA

Professor Dr. Fábio Costa Morosini — Orientador
Universidade Federal do Rio Grande do Sul — UFRGS

Professora Dra. Cláudia Lima Marques — Examinadora
Universidade Federal do Rio Grande do Sul — UFRGS

Professora Dra. Denise Estrella Tellini — Examinadora
Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul — FMP

De acordo do Bachalero:_____.

Ao meu pai, Lázaro,
que lutou pela vida e pela oportunidade de ver esse trabalho concretizado.

À minha mãe, Vera,
com quem aprendi a força da dedicação.

Ao meu amor, Priscila,
que me apresentou a plena felicidade.

Ao meus padrinhos, Clóvis e Nobrelina,
*que subverteram as leis biológicas,
dando-me a certeza de contar com mãe e pai em duplicidade.*

Aos meus amigos Breno, Leandro e Pedro,
que me proporcionaram a companhia de verdadeiros irmãos.

AGRADECIMENTOS

A execução do presente trabalho empreendeu a conjugação de esforços de colaboradores perspicazes, aos quais é imperiosa a manifestação de agradecimentos, com muito apreço.

O primeiro deles é, irremediavelmente, o Prof. Dr. Fábio Morosini, que foi orientador extremamente compreensivo, capaz de reunir qualidades que muito dificilmente se encontram lado a lado: o rigor científico e a carga necessária de personalidade e humanismo, tornando a relação entre orientando e orientado bastante fraterna e profícua. Além disso, foi o responsável por fazer-me realmente entender a imprescindibilidade do método na elaboração de um estudo científico, desde a fase mais incipiente da minha trajetória acadêmica.

Em seguida, inarredável citar o ambiente formado no escritório Nagelstein Advogados, pela qual os meus colegas mostraram-se sempre contributivos em relação ao desenvolvimento do trabalho em desígnio. Desse modo, agradeço também aos advogados Fábio Botti, Gustavo Nagelstein, Henrique Schneider, Mathias Nagelstein, e, sobretudo, a Paulo Nagelstein, quem propiciou a revelação de caminhos pelos quais a pesquisa tornou-se mais produtiva. Além disso, demonstrou-se sempre prestimoso, tratando com profundidade os temas jurídicos em que se debruça, sem excluir sua peculiar candura pessoal e lealdade, tornando-se irrevogavelmente um amigo muito querido.

Outra referência para o trabalho foi o Prof. Dr. Augusto Jaeger Júnior, catedrático da Disciplina de Direito Internacional Privado desta egrégia Faculdade de Direito. Isso, porquanto não apenas avalizou a relevância da pesquisa por meio de sua experiência acadêmica, como também disponibilizou sua biblioteca particular para consultas.

E por fim, devo também a minha sincera gratidão às pessoas mais próximas que concederam o respaldo familiar durante a investigação.

“[...] Mais, ce qui complique les choses, c’est que, bien souvent, la situation de fait est intermédiaire et ne correspond pas totalement à l’un ou à l’autre de ces modèles.”¹

¹ Comentário da civilista francesa Geneviève Viney ao lecionar sobre a variedade de possibilidades da teoria de grupos de contratos. (VINEY, 1992)

RESUMO

O financiamento de projetos é uma ferramenta financeira voltada ao desenvolvimento de um projeto específico, em que há o entrelaçamento de relações jurídicas diversas em um formato de rede contratual com a adoção de diversos instrumentos obrigacionais, possuindo tanto aspectos do direito privado quanto do direito público. Nesse diapasão, concentra-se a presente análise nos riscos genéricos que um empreendimento dessa espécie suscita, sobretudo o risco legal. Logo, investiga-se a (in)compatibilidade das regras contratuais complexas consubstanciadas no *project finance* com a atual regulamentação do direito internacional privado brasileiro, atinente às obrigações, respondendo se essas regras conflituais acompanham a evolução do direito material, no que diz respeito à autonomia privada.

Palavras-chave: *Financiamento de Projeto — Risco Legal — Contratos Internacionais*

ABSTRACT

Project finance is a financial tool dedicated to the development of a specific project, in which there is a tangle of legal relations in form group contracts with the adoption of various contractual instruments, encompassing aspects of both private and public law. In this vein, this paper focuses on the generic risks created by a project of this kind, especially the legal risk. Therefore, we investigate the (in)compatibility of the rules embodied in contractual complex project finance with the current regulations Brazilian private international law, relating to obligations, responding if these conflicting rules follow the evolution of substantive law, with regard to autonomy private.

Keywords: Project Financing - Legal Risk - International Contracts

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	10
2	PROLEGÔMINOS DO FINANCIAMENTO DE PROJETOS.....	15
2.1	Sistematização e alcance.....	15
2.1.1	Noções Preliminares.....	15
2.1.2	Conceito.....	16
2.1.3	Características.....	18
2.2	Aspectos Jurídicos.....	20
2.2.1	Natureza jurídica.....	20
2.2.2	Rede de contratos.....	21
2.2.3	Instrumentos de garantia e responsabilidade.....	23
2.3	O financiamento de projeto no Brasil.....	26
2.3.1	O financiamento de projetos e as parcerias público-privadas.....	27
3	A ALOCAÇÃO DE RISCOS NO FINANCIAMENTO DE PROJETO	29
3.1	Interpretação econômica do direito.....	29
3.1.1	Financiamento de projeto e desenvolvimento econômico.....	31
3.2	A consideração dos riscos no financiamento de projetos.....	32
3.2.1	Riscos em espécie.....	34
3.2.1.1	Riscos operacionais.....	35
3.2.1.2	Riscos econômicos.....	36
3.2.1.3	Riscos políticos.....	37
3.2.1.4	Riscos jurídicos.....	37
3.2.2	A ênfase do risco legal no caso brasileiro.....	38
4	A DEFASAGEM DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO BRASILEIRO DOS CONTRATOS.....	43
4.1	A globalização e o direito.....	44
4.2	Contratos internacionais e financiamento de projeto.....	45
4.2.1	Panorama histórico do direito internacional privado.....	45
4.2.2	Fontes do direito contratual internacional.....	46

4.2.3	Elementos dos contratos internacionais.....	48
4.2.4	Formação dos contratos internacionais.....	49
4.2.5	Jurisprudência brasileira sobre contratos internacionais.....	52
4.2.6	Tipos de contratos genéricos aplicados no financiamento de projeto	54
4.3	A defasagem do direito internacional privado brasileiro	
	contratual.....	55
4.3.1	Atual método da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro.....	57
4.3.2	A renovação ensejada pela Lei da Arbitragem.....	61
4.4	O retorno da autonomia da vontade na LINDB: o projeto de lei	
	n.º 1782/2011.....	63
5	CONCLUSÃO.....	69
6	REFERÊNCIAS.....	73
	ANEXO A — Projeto de Lei n.º 1.782/2011.....	78
	ANEXO B — Estrutura de um Financiamento de Projeto.....	79
	ANEXO C — Recurso Extraordinário nº 93.131-MG/STF.....	80
	ANEXO D — Recurso Especial n.º 251.438-RJ/STJ.....	81

1 INTRODUÇÃO

A ciência jurídica jamais pode se desprender do contexto social do qual seja desiderato, sob pena de tornar-se inócua. Sob esse prisma, sobretudo o direito comercial, desde sua fase inicial, demonstrou essa faceta de forma mais evidente (ASCARELLI, 1969). Hodiernamente, vivenciamos avançado estágio da globalização, marcado pela hipercomplexidade das relações sociais e econômicas. Nessa atmosfera de alto dinamismo, exigem-se instrumentos jurídicos igualmente sofisticados a fim de suportar e respaldar tal cenário complexo (ENEI, 2007).

Com efeito, inarredável a proeminência do capital financeiro na sociedade moderna, já que vem se tornando o vetor da economia mundial. Logo, justamente desse ambiente que advém o financiamento de projeto. Embora não seja isoladamente uma criação espontânea do mercado, é claramente uma construção jurídica aplicada em empreendimentos de expressivo volume de capital (COMIRAN, 2007).

Desde já, esclarece-se que a utilização da expressão financiamento de projeto refere-se, em sentido estrito, ao modelo de negócio jurídico proveniente do financiamento que objetiva um resultado específico, em alusão direta à locução inglesa consagrada pelos usos do mercado, *project finance*. Portanto, infere-se a natureza interdisciplinar do tema, especialmente do ângulo financeiro e jurídico. Consecutivamente, em face da abrangência quase invencível do tema para um trabalho monográfico desta finalidade, **reserva-se esse momento ao estudo da classificação dos riscos genéricos de implementação de um financiamento de projeto.**

Nesse diapasão, precipuamente, pretende-se investigar a (in)compatibilidade das regras contratuais complexas consubstanciadas no *project finance* com a atual regulamentação do direito internacional privado brasileiro, atinente às obrigações. Com efeito, objetiva-se responder se essas regras conflituais acompanham a evolução do direito material, no que diz respeito à autonomia privada.

Para tanto, elege-se uma via que inicialmente irá contextualizar historicamente o financiamento de projeto para logo depois delinear sua função. Imperioso da mesma forma, verificar como a *lex mercatoria*² repercute nas fontes do financiamento de projeto.

Portanto, seguindo esse *iter* científico, **sistematizar-se-ão as espécies de riscos envolvidos no *project finance*. Por fim, proceder-se-á à análise da defasagem do direito internacional privado brasileiro, como regra de conflito para determinar a lei aplicável de eventual discussão acerca da complexa rede contratual do financiamento de projeto, majoritariamente com partícipes estrangeiros.**

Nesse ponto, desde já se adianta que, *a priori*, tal defasagem implica a **previsão de cláusula compromissória nas operações de financiamento de projeto realizadas no Brasil. No cenário atual, evidentemente sua estrutura é mais condizente com um ambiente que seja pautado pela autonomia da vontade, inclusive para escolha do direito material aplicável.**

Esse rol de objetivos, por conseguinte, pauta a divisão do trabalho, de tal sorte que se afigura a existência de três grandes eixos, quais sejam, os prolegômenos do financiamento de projeto, a alocação dos riscos **e a defasagem do direito internacional privado brasileiro obrigacional.**

A relevância do trabalho confunde-se com a sua função de impulsionamento da evolução de nosso direito internacional privado, no sentido configurar um atrativo de investimentos no Brasil, ao invés de ser entendido como uma barreira. Ainda que haja a opção pelo caminho da arbitragem, é imprescindível atualizar o regulamento das normas de conflitos a fim de alinhamento com a tendência mundial. Sublinha-se que o arcabouço jurídico do financiamento de projeto é principalmente a própria mitigação dos riscos, aspecto que se intensifica no caso brasileiro.

Portanto, independente da alternativa compromissória, o direito internacional privado também inclui a rotina de alocação de riscos do financiamento de projeto. Daí a relevância do estudo, corroborando a necessidade de efetivação de atualização de nosso direito internacional privado, a fim de incrementar não apenas o financiamento de projeto, mas o comércio internacional de forma mais ampla.

² A *lex mercatoria* seria um novo direito anacional, surgido no seio da comunidade dos comerciantes internacionais, formado por usos e costumes internacionais, jurisprudência arbitral e contratos tipos. (MARTINS, 2009)

Trata-se de uma pesquisa jurídica que, por sua vez, abriga-se no grande grupo das ciências sociais aplicadas (segundo classificação consagrada, inclusive, pelo CNPq). As ciências sociais partem de um pressuposto básico de que seu objeto é incompreensível se estudado fora de um determinado contexto social (MARQUES e MEDEIROS, 2003), o que justifica a contextualização do financiamento de projetos como ponto de partida na execução do trabalho.

A metodologia empregada para o desenvolvimento da pesquisa será, quanto ao método de abordagem, o indutivo, pretendendo a formulação de uma proposta geral a partir da abordagem analítica e interrelacionada de temas específicos³.

O método de procedimento comparativo predominou na execução deste trabalho⁴. Como técnicas de pesquisa, foi privilegiada a documentação indireta, utilizando tanto fontes primárias (legislação e outros documentos oficiais) como fontes secundárias (LAKATOS e MARCONI, 1993) (OLIVEIRA, 1999).

Por conseguinte, uma vez esposadas as diretrizes do estudo, cumpre a exposição histórica do financiamento de projeto.

Nos anos 70, já havia literatura especializada no tema financiamento de projeto em âmbito internacional, sendo que a massificação do interesse literário pelo tema emergiu na década de 90. Coincidentemente foi a década em que o Brasil iniciou um processo de abertura ao setor privado para exploração econômica de setores como o da infraestrutura. (ENEI, 2007)

Ao se tratar de financiamentos de projetos de infraestrutura, especialmente em países do Terceiro Mundo, podemos fazer algumas generalizações.

A década de 70 caracterizou-se, em nível mundial, por inflação alta e grandes projetos que demandavam recursos superiores às disponibilidades de seus empreendedores, envolvendo energia e recursos naturais, com fundos providos por bancos comerciais. No Brasil, ocorreu a expansão da participação do Estado na economia, mesmo utilizando recursos privados internacionais. (RIGOLIN, 2008)

³ No entanto, cumpre salientar a ressalva já exposta por OLIVEIRA, de que “a dedução e a indução, tal como a síntese e a análise, generalizações e abstrações, não são métodos isolados de raciocínio de pesquisa. Eles se complementam [...] e só são separados para efeito de estudo e facilidade didáticas” (OLIVEIRA, 1999).

⁴ Sem prejuízo da utilização dos métodos histórico, estatístico e monográfico.

A década de 80, com o mundo em geral vivendo uma época de inflação baixa, com preços de energia em queda, foi controlada pela banca privada e por iniciativas do setor privado, com fundos providos por companhias seguradoras, fundos de pensão e investidores institucionais. No Brasil, ao contrário, vivenciou-se a experiência da “década perdida”, após a crise iniciada com a quebra financeira e operacional do setor público (quaisquer que sejam as razões apontadas como causadoras). (NUSDEO, 2001)

Já a década de 90 e o início do presente século, caracterizaram-se pela globalização, entendida como uma expansão internacional das atividades privadas, e pela redução do papel do Estado, através da privatização e da maior importância conferida à regulação sobre a propriedade⁵.

Embora tal fato já fosse uma tendência mundial desde o início dos anos 90, o Brasil só foi atingido por essa nova forma de se entender a organização das atividades econômicas a partir do fim do ciclo de privatizações do setor industrial, em meados da década (FREITAS, 2004).

Nesse período, grandes volumes de capitais privados se encontravam disponíveis internacionalmente para financiar projetos de infraestrutura. Entretanto, a maioria era dirigida exclusivamente a empréstimos diretos às empresas donas dos projetos e, mesmo assim, estava concentrada em poucos países e preferencialmente em empresas estatais ou paraestatais. Nesse contexto, os patrocinadores de projetos que não tinham suas demandas atendidas encontraram no financiamento de projeto uma opção de apoio, e mesmo as empresas beneficiárias daquele fluxo de capitais têm interesse no desenvolvimento desse tipo de projeto (ENEI, 2007).⁶

⁵ O setor de infraestrutura também foi afetado por projetos que transcendem as fronteiras nacionais, não só pela área de influência, mas também pela existência de parceiros oriundos de diferentes países.

⁶ Em função do volume de recursos envolvidos, elas ficam impossibilitadas de comprometer seus respectivos balanços pelo longo prazo de maturação de muitos desses projetos, procedimento que é tradicional pelo engessamento por longo tempo, impedindo-as de se envolver em outros projetos até que liberem suas garantias comprometidas com os anteriores (CORAZZA, 2003).

O consenso da comunidade financeira internacional parece vislumbrar no uso do financiamento de projetos o novo instrumento que permitirá conseguir investimentos em infraestrutura para países do Terceiro Mundo, sobretudo o bloco dos BRICS⁷, onde não há oferta, ou otimizar esses recursos, onde ela existir.

Em decorrência desse novo entendimento, surgiu uma divisão importante sobre como se proceder a uma análise desse tipo de projeto.

Por um lado, há a análise tradicional, baseada na capacidade de um tomador de empréstimo em pagá-lo, em suas demonstrações financeiras e nas garantias (preferivelmente reais) oferecidas, que passam a fundamentar, no setor bancário, uma colaboração financeira corporativa (e garantias corporativas); e, por outro, o *project finance*, ou a estruturação de um financiamento relacionado ao projeto, que centra a análise no projeto em si, isolando seus ativos do risco do empreendedor. (ENEI, 2007)

No Brasil, essa visão vem ganhando espaço entre os agentes financeiros e, somada aos volumes extraordinários exigidos pelo setor de infraestrutura, torna imperiosa a discussão do que significa operar na modalidade financiamento de projeto.

Destarte, nos termos estabelecidos acima, passa-se a averiguar em que gradação a autonomia da vontade como elemento de conexão reverbera na sistemática de alocação de risco do modelo de financiamento de projeto, uma vez que irreversível a presença de sujeitos estrangeiros na rede contratual que doravante descortina-se.

⁷ Em economia, BRICS é um acrônimo que se refere aos países membros fundadores (Brasil, Rússia, Índia e China) e à África do Sul, que juntos foram um grupo político de cooperação. Em 13 de abril de 2011, o "S" foi oficialmente adicionado à sigla BRIC para formar o BRICS, após a admissão da África do Sul (em inglês: South Africa) ao grupo. Os membros fundadores e a África do Sul estão todos em um estágio similar de mercado emergente, devido ao seu desenvolvimento econômico. É geralmente traduzido como "os BRICS" ou "países BRICS" ou, alternativamente, como os "Cinco Grandes".

2 PROLEGÔMENOS DO FINANCIAMENTO DE PROJETO

2.1 Sistematização e alcance

2.1.1 Noções Preliminares

De antemão, mister a tarefa preliminar de compreensão dos signos componentes da expressão “financiamento de projeto”, ressaltando-se que usualmente no meio empresarial é utilizada a versão inglesa da locução, qual seja, *project finance*. Tem-se, portanto, que as peculiaridades do financiamento de projeto possuem relação estreita com a semântica das suas duas palavras.

O vocábulo “financiamento” origina-se historicamente da época do surgimento dos Estados Absolutistas, de tal sorte que estava associado a uma atividade estatal (SILVA, 1991). Todavia, a despeito dessa origem no direito público, o “financiamento” logo passou também a designar as relações privadas. (ENEI, 2007)

Por sua vez, o termo “projeto” indica origem direta da expressão latina *projetus*, entendido como “plano para realizar qualquer ato” (AULETE, 1958). Na dicção do dicionário Houaiss da língua portuguesa, “projeto” é definido na seguinte letra:

“1 ideia, desejo, intenção de fazer ou realizar (algo), no futuro; plano (...) 2 descrição escrita e detalhada de um empreendimento a ser realizado; plano, delineamento, esquema (...) 5 arq. Plano geral para a construção de qualquer obra, com plantas, cálculos, descrições, orçamento etc. ETIM lat. *Projetus us*, ação de lançar para frente, de se estender, extensão, do rad. de *projetum*...” (HOUAISS, 2001)

Em síntese, a partir da conjunção das duas palavras, extrai-se o significado literal de que o financiamento de projeto é o ato de provisionar capital necessário para o custeio e sustento para a construção de obra.

Por desiderato, infere-se que o objetivo do financiamento de projetos é evidentemente um ato empresarial específico, na medida em que o termo “projeto” na situação em desígnio é empregado em alusão à própria acepção de empresa⁸.

2.1.2 Conceito

Como há diversas definições para explicar o conceito de financiamento de projeto, o foco aqui abordado apresentará a perspectiva conceitual do ponto de vista jurídico⁹.

Entretanto, os conceitos apresentados pelas demais áreas não serão ignorados¹⁰, sendo os mesmo utilizados como reforço do conceito jurídico do financiamento de projeto.

⁸ O instituto "empresa" pode ser conceituado como a "atividade econômica organizada de produção e circulação de bens e serviços para o mercado, exercida pelo empresário, em caráter profissional, através de um complexo de bens". A sua natureza jurídica é aspecto bastante controvertido. Destacam-se três correntes: a) Empresa como sujeito de direito: entendo que essa corrente não é a mais correta, pois a empresa não possui personalidade jurídica, e nem pode possuí-la, e, conseqüentemente, não pode ser entendida como sujeito de direito, já que ela é a atividade econômica que se contrapõe ao titular dela, isto é, ao exercente daquela atividade. O titular da empresa é o que denominamos de empresário; b) Empresa como objeto de direito: corrente defendida por Rubens Requião, Marcelo Bertoldi e José Edwaldo Tavares Borba. Entende-se que também não é a melhor solução, pois não se pode conceber uma atividade como objeto de direito, não se pode vislumbrar a empresa como matéria dos direitos subjetivos, principalmente dos direitos reais, vale dizer, a atividade de per si não pode ser transferida; c) Empresa como fato jurídico em sentido amplo: como a empresa não se trata nem de sujeito nem de objeto de direito, enquadra-se perfeitamente na noção de fato jurídico em sentido amplo. Tal noção parece-nos mais adequada que a de ato jurídico, pois falamos da atividade, do conjunto de atos, e não de cada ato isolado, que poderia ser enquadrado na condição de ato jurídico. (VERÇOSA, 2004)

⁹ Existem muitas definições de financiamento de projetos dependendo da perspectiva da análise. Neste sentido José Virgílio Lopes Enei: “Com base no que já foi exposto, é possível perceber que muitas podem ser as definições atribuídas ao financiamento de projetos, dependendo do ângulo de observação. Do ângulo meramente financeiro, é possível propor certas definições. Outras, todavia, serão as definições cabíveis sob o prisma jurídico. Em qualquer das hipóteses, diferentes definições podem ser alcançadas caso o fenômeno seja retratado do ponto de vista do financiador externo, da sociedade de propósito específico constituída para explorar o projeto ou do patrocinador-acionista. Por fim, pode-se preferir uma definição que melhor ressalte algumas características em detrimento de outras.” (ENEI, 2007)

¹⁰ Acerca da interdisciplinaridade do financiamento de projeto assinala-se o importante estudo de Alexandre Pimenta em sua dissertação de mestrado intitulada *Project Finance*, acessível em <http://www.mcampos.br/posgraduacao/mestrado/dissertacoes/alexandrepimentaprojectfinance.pdf>

Privilegiando-se o prisma do direito, o financiamento de projetos é uma ferramenta financeira voltada ao desenvolvimento de um projeto específico, em que há o entrelaçamento de relações jurídicas diversas em um formato de rede contratual com a adoção de diversos instrumentos obrigacionais, possuindo tanto aspectos do direito privado quanto do direito público. (ENEI, 2007)

Os modelos de financiamento de projeto variam de acordo com as características de mercado e do próprio empreendimento (desenvolvimento, construção e operação, etc.).

Objetivamente, o financiamento de projetos deve ser entendido como uma forma de engenharia financeira suportada contratualmente pelo fluxo de caixa de um projeto, servindo como garantia os ativos e recebíveis desse mesmo projeto.

No caso brasileiro, de acordo com o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico - BNDES¹¹, o financiamento de projetos se caracteriza por possuir, cumulativamente, os seguintes pontos:

- (i) O cliente deve ser uma Sociedade por Ações com o propósito específico de implementar o projeto financiado, constituída para segregar os fluxos de caixa, patrimônio e riscos do projeto;
- (ii) Os fluxos de caixa esperados do projeto devem ser suficientes para saldar os financiamentos;
- (iii) As receitas futuras do projeto devem ser vinculadas, ou cedidas, em favor dos financiadores;
- (iv) O Índice de Cobertura do Serviço da Dívida (ICSD) projetado para cada ano da fase operacional do projeto deve ser de, no mínimo, 1,3; o ICSD poderá ser de, no mínimo, 1,2, desde que o projeto apresente Taxa Interna de Retorno (TIR) mínima de 8% a.a. em termos reais;
- (v) O capital próprio dos acionistas deve ser de no mínimo 20% do investimento total do projeto, excluindo-se, para efeito desse cálculo, eventuais participações societárias da BNDESPAR; e

¹¹ Informação disponível no site do BNDES: (http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Institucional/Apoio_Financeiro/Produtos/Project_Finance/index.html)

- (vi) Os contratos da operação devem vedar a concessão de mútuos do cliente aos acionistas e ainda estabelecer condições e restrições aos demais pagamentos efetuados pelo cliente a seus acionistas, a qualquer título.

2.1.3 Características

Um financiamento de projeto tem características peculiares e requer uma estruturação complexa envolvendo uma imensa gama de negociações e acordos, não só entre os sócios e *lenders*¹², como também com fornecedores, clientes, empresas seguradoras, entidades governamentais etc. (ENEI, 2007)

O resultado dessas negociações, como não poderia deixar de ser, gera uma estrutura de compartilhamento de riscos e garantias, que fica expressa em diversos instrumentos jurídicos.

A concepção de financiamento de projetos vem representar uma alteração radical na metodologia de concessão de crédito, implicando a interferência dos credores na administração da empresa mutuária dos créditos (BORGES, 2007).

A redução do grau de liberdade dos administradores tem por objetivo a gestão da empresa dentro de programas e premissas previamente estruturadas visando à geração de recursos para honrar os compromissos assumidos pelo empreendimento. (FINNERTY, 1999)

Assim, a garantia do retorno do financiamento com extensão ao patrimônio do acionista patrocinador não se configura como financiamento de projeto, mas sim em um financiamento na modalidade de empréstimo, em que se avalia a capacidade do(s) acionista(s) de cumprir(em) a obrigação de adimplemento com base na análise de crédito pessoal do(s) acionista(s) e não com base na capacidade de produção do projeto específico. A modalidade de financiamento acima aludida é denominada “financiamento corporativo”.¹³

¹² São os financiadores do projeto.

¹³ No mesmo sentido Azeredo, quando diferencia financiamento corporativo de financiamento de projetos, destacando que o financiamento corporativo é uma modalidade de empréstimo em que o tomador é o responsável pelas garantias e não o empreendimento. (AZEREDO, 1999)

Atribuir essa modalidade de financiamento como uma espécie de financiamento de projeto é impreciso, pois o financiamento de projeto também comporta outras modalidades jurídicas proveniente de um acordo entre partes, não necessariamente um contrato, como, por exemplo, a emissão de um valor mobiliário ou título de crédito. Ademais, dificilmente há apenas um contrato em uma operação de financiamento de projeto, sendo que na realidade ocorre a constituição de diversos contratos coligados, como se cada um fosse um membro compondo um corpo inteiro. (GUIMARÃES, 2007)

Uma terceira modalidade de financiamento, considerada também financiamento de projeto, por ser complementar ao mesmo, é a modalidade denominada recurso limitado. Esta consiste na hipótese em que o patrocinador oferece um suplemento de garantia ao financiador que reforçará as garantias atreladas ao projeto. Isto ocorre em fases de maior risco para o projeto e pode consistir em obrigações de fazer por parte do patrocinador. Porém, é importante frisar que as garantias da modalidade de recurso limitado não atingem o patrimônio do patrocinador¹⁴. (AZEREDO, 1999)

Geralmente, pela complexidade do ambiente que se insere o financiamento de projeto, adota-se uma estrutura que comporta, ao mesmo tempo, a modalidade sem recurso e a modalidade recurso limitado, denominada financiamento de projeto estruturado. (HOFFMAN, 2008)

Uma operação de financiamento de projeto estruturado leva em consideração o argumento econômico de que a modalidade sem recurso é uma técnica financeira cara e ineficiente de financiamento de projetos.

O fundamento é que um empreendimento que possua um componente que possa gerar um retorno menor, ou um aumento de despesa, de forma inesperada, é um problema para o financiamento de projeto. (HOFFMAN, 2008)

¹⁴ Equivalente ao termo inglês *SPONSOR*, vastamente utilizado pela doutrina internacional. Pode ser substituído pela expressão “empreendedor”, de modo que ambos referem-se à pessoa física ou jurídica que estruturaram e fazem parte da operação societária que constitui a personalidade jurídica do projeto.

Para solucionar este problema, o patrocinador fornece capital, ou garantia extra, de acordo com a necessidade demandada pelo empreendimento, servindo tanto para cobrir as despesas financeiras extras do financiamento quanto para cobrir as obrigações contratuais referentes ao empreendimento.¹⁵

Em síntese, é aplicada a modalidade de financiamento sem recurso conjugado com a modalidade recurso limitado, em que este funciona para adequar aquele junto à realidade dos riscos rotineiros do projeto. Exemplo é a contratação, por parte do patrocinador, de um gerador para fornecer energia aos clientes do empreendimento que, por atraso no cronograma das obras de construção do mesmo, ficariam sem energia. (ENEI, 2007)

2.2 Aspectos Jurídicos

2.2.1 Natureza jurídica

No Brasil não há uma codificação em favor do instituto do financiamento de projetos. Este panorama faz com que o jurista necessite de seu conhecimento e criatividade para capturar diversas normas dispersas para estruturar um financiamento de projeto, o que reflete a realidade de uma inadequação jurídico-positiva à sua aplicação. (COMIRAN, 2007)

Assim, é possível observar uma indefinição de tratamento jurídico ao financiamento de projetos.

¹⁵ O financiamento de projeto estruturado leva em consideração riscos que podem ser previstos e mitigados através de medidas contratuais os aloquem de forma que reduza os custos embutidos originalmente nos contratos. (BERGAMINI JÚNIOR, 1997)

Do ponto de vista estritamente jurídico, o financiamento de projetos se aproximaria da acepção de contratos mistos e coligados¹⁶, pois o primeiro seria a “combinação de elementos de diferentes contratos, formando nova espécie contratual não esquematizada em lei” (MARTINS-COSTA, 2006). Conclui-se que são caracterizados pela unidade da causa. O advogado norte-americano, Scott Hoffman, afirma que

O termo “financiamento de projeto” é geralmente utilizado para referir-se às estruturas de fundo e o esforço de crédito são combinados para a construção e a operação, ou o refinanciamento, de uma estrutura específica em uma indústria de capital intensivo, em que os financiadores se baseiam em avaliações projetadas do valor de retorno da operação da estrutura, preferencialmente aos ativos da estrutura ou ao crédito do patrocinador da instalação. (HOFFMAN, 2008)

Este autor salienta ainda que, em garantia pela dívida, conta-se com os ativos da instalação, incluindo as receitas eventuais dos contratos de produção e fluxo de caixa gerado por outras instalações (HOFFMAN, 2008).

Ainda o mesmo autor, corrobora a existência, de acordo com análise da literatura geral sobre o tema, de dois espécimes fundamentais do instituto do financiamento de projetos, em que o primeiro é o financiamento sem direito de garantia contra o patrimônio do acionista patrocinador e o segundo é o financiamento com acesso ao patrimônio do mesmo.

2.2.2 Rede de contratos

Debruça-se agora no estudo teórico que permite identificar o contexto fático de uma rede contratual, destaque de sua natureza jurídica.

¹⁶ Tratando especificamente do aspecto da rede contratual, Virgílio Lopes Enei, define que o financiamento de projetos consiste em: “Uma rede de contratos coligados que, alocando riscos às diversas partes envolvidas, visa a permitir que o empresário-patrocinador, ou sociedade por ele constituída, capte recursos para o desenvolvimento e exploração de um empreendimento segregado, oferecendo como garantia aos credores, de forma exclusiva ou preponderante, as receitas e bens do próprio empreendimento financiado. Para dizer o mínimo, é um financiamento com foco no empreendimento”. (ENEI, 2007)

Assim, tem-se em mira evidenciar o aspecto da rede de contratos envolvidos no financiamento de projetos, sem, no entanto, dispor da pretensão de encerrar as avenças típicas e atípicas aplicadas, uma vez que não configura o objeto da presente análise,

Vejamos que não pode ser atribuída índole de rede a qualquer conjunto de contratos, de tal sorte que a conexidade é elemento substancial para tal conceito, estritamente ligado com o enlace de acessoriedade entre os contratos (DE NARDI, 2010).

Nesse ponto, mister proceder à distinção fundamental entre grupos de contratos e contratos conexos. Na advertência de Ricardo Luis Lorenzetti,

Sob o ponto de vista jurídico, nem toda a atuação cooperativa constitui um grupo. Este não pode ser um conceito tão amplo que abarque, por exemplo, a uma nação por inteiro, se bem que seus indivíduos atuem cooperativamente, nem tão estreito como para nele somente grupos reconhecidos legalmente e que têm personalidade jurídica. (LORENZETTI, 1999)

Portanto, o delineamento do conceito de redes de contratos está atrelado na investigação do “comprometimento solidário e cooperativo com o fim comum, definindo as consequências jurídicas de tal arranjo” (DE NARDI, 2010).

Nesse diapasão, as redes de contratos, no prisma da análise externa, deixam de se preocupar com o ato contratual em si, enfocando precipuamente o objeto do negócio que se visa a concretizar, indicando os traços comuns da cooperação entre as partes envolvidas. Logo, a atenção perpassa muito mais para a fase de execução contratual (COUTO E SILVA, 2007).

Mesmo assim, é importante sublinhar que podem os objetivos econômicos dos contratos inseridos na rede, individualmente considerados, proporem resultados diferentes, fato que não torna falsa a manutenção de uma linha mestra na interação de todos. Em síntese, a pretensão global não sofre prejuízos.¹⁷

¹⁷ Marcelo de Nardi traça um quadro de princípios para identificação de uma rede de contratos, cuja premissa é seguir o algoritmo de análise pelos itens sequencialmente postos da seguinte maneira: 1) contratos conexos com pluralidade de sujeitos; 2) Abandonar a preocupação com o ato em si, identificando-se o efeito jurídico-econômico-social que subjaz aos atos formais praticados; 3) Identificar o objetivo comum perseguido pelos participantes, constatar que a troca de informações entre eles é intensa; 4) Concentrar-se na execução contratual, posto que a formação é de menor relevância; 5) O tempo de vinculação é relevante. O adimplemento se alonga no tempo para além do encontro de vontades estabelecedor do vínculo inicial (contrato relacional ou cativo de longa duração); 6) Há multigradação da intensidade do envolvimento solidário. Os marcos extremos do

Em suma, é imprescindível verificar o *modus operandi* da rede contratual, deixando de observar exclusivamente os atos jurídicos instrumentalmente formalizados. Nesse sentido, Marcelo de Nardi conclui que

A rede de contratos é corpo dinâmico, é ação e flexibilidade, é rearranjo permanente de posições, de modo que considerar exclusivamente os instrumentos estáticos de organização inicial do negócio pode conduzir a representação distorcida da realidade. (DE NARDI, 2010)

2.2.3 Instrumentos de garantia e responsabilidade

A sistemática de garantias tradicionais nem sempre vem atendendo plenamente à função de recuperação de crédito nas operações de colaboração financeira, embora sejam de fundamental importância na negociação extrajudicial. As garantias hipotecárias, pignoratícias ou representadas por alienação fiduciária não vêm suprindo projetos como os de infraestrutura, em que são impossíveis ou ineficazes. A execução de bens do ativo do devedor não protege contra créditos privilegiados (trabalhistas, fiscais e outros), quer na execução singular, quer na falência. (ENEI, 2007)

O financiamento de projeto, após utilizar todos os instrumentos disponíveis e viáveis para mitigação dos riscos previamente identificados, reduz o nível destes em cenários, até certo ponto, quantificáveis. Portanto, o que em princípio parecia um aumento de exposição pelos credores pode se transformar num ambiente mais isolado de riscos¹⁸, de certa forma, mensuráveis. (AZEREDO, 1999)

espectro de multigradação da solidariedade são a independência e a dependência. (DE NARDI, 2010)

¹⁸ Junto com ele, pode-se introduzir ou aprimorar o instituto do *covenant*, obrigações de fazer ou de não fazer que tenham por objeto monitorar o fluxo de caixa do projeto ou empresa apoiados, com ênfase nos sistemas de boa administração que geram credibilidade para o devedor. É um instituto calcado na credibilidade do devedor. Essa adoção também facilita a securitização da dívida, permitindo a sua reciclagem no mercado financeiro (por exemplo, pelo uso de debêntures). Os *covenants* também representam uma segurança para a utilização de recebíveis como garantia, através do uso de um agente fiduciário para recolher os créditos do devedor contra seus clientes e usá-los para pagamento dos credores da colaboração financeira. (BORGES, 2001)

A adoção do *project finance*, puro ou combinado com sistemáticas mais tradicionais, vem sendo recomendada para estimular o setor de infraestrutura e quebra a inércia que durante anos dificultou o apoio de instituições financeiras públicas ou privadas. (FINNERTY, 1999)

A utilização de sociedades de propósito específico (SPE), cada vez mais frequentes entre nós, com o objetivo de segregar riscos, também indica que são aceitas garantias indiretas na estruturação de nossas operações de empréstimo. Isso permite apoiar bons riscos que são representados por empresas com poucos ativos, mas com gestão confiável e boas perspectivas econômico-financeiras. (GUIMARÃES, 2007)

Em uma operação de financiamento de projeto é possível observar a existência de contratos de empréstimo com garantia real e pessoal oferecida pela sociedade patrocinadora, contrato de empreitada entre a sociedade patrocinadora e uma empreiteira, contrato de seguro envolvendo uma ou mais seguradoras para cobrir eventuais sinistros, contrato societário constituindo a “Sociedade de Propósito Específico” para exploração exclusiva de determinado projeto, entre outros. Ou seja, é difícil haver um financiamento de projeto sem que haja uma multiplicidade de contratos que garantam o seu sucesso. (ENEI, 2007)

A utilização de uma SPE está intimamente ligada com a alocação de riscos utilizada em um financiamento de projeto, sendo elemento essencial ao mesmo. A SPE¹⁹ é um dos meios de limitação patrimonial de responsabilidade existente no ordenamento pátrio, em que o financiamento de projetos ocorre sob as já referidas modalidades sem recurso e recurso limitado, segregando a sociedade da pessoa do patrocinador. (GUIMARÃES, 2007)

Esta estrutura societária concentra os direitos e obrigações relacionados ao desenvolvimento e operação do empreendimento, como forma de isolá-lo dos riscos associados a outras atividades do patrocinador e limitando a sua responsabilidade ao capital investido na sociedade.

¹⁹ A sociedade de propósito específico foi criada como um reflexo dos anseios da realidade econômica, que no cenário internacional já vinha sendo suprido por meio da *joint venture*. Para a SPE a *joint venture*, não há a existência de uma legislação especial, o que lhes confere o tratamento jurídico dado às sociedades limitadas e anônimas, com o diferencial de que o objeto social será exclusivamente adstrito a uma atividade determinada. (GUIMARÃES, 2007)

A limitação de responsabilidade na modalidade societária ocorre graças aos artigos 1.052²⁰, do código civil, e 1^o²¹, da Lei das S.As, (Lei 6.404 de 76), que conferem a responsabilidade do sócio ao valor da sua cota. Contudo, a mesma não se restringe apenas à hipótese de criação de uma sociedade personalizada, sendo também possível mediante a adoção de instrumentos contratuais.²²

Com base nas observações supra, o financiamento de projetos será tratado aqui como um feixe de contratos voltados à atribuição de direitos e obrigações (dar, fazer e não fazer) envolvendo diversas partes com o intuito de mitigar e alocar os riscos e auferir receitas provenientes do próprio projeto, havendo ainda, em benefício dos credores, a utilização dos ativos do empreendimento em garantia, e, de forma suplementar à esta, garantias fornecidas pelo patrocinador, caso haja. (garantias sem recurso e garantias de recurso limitado).²³

Os benefícios que a aplicação do financiamento de projetos proporciona são diversos, sendo exemplos, além da já usual limitação de responsabilidade ao capital por parte do patrocinador investido, o benefício de estruturar o projeto sem a necessidade de aportar todo o capital necessário à execução do projeto, entre outros.

Já na perspectiva do investidor, este possui um maior controle e visão sobre o seu crédito, inclusive a forma que está sendo investido e a variação dos riscos em relação às etapas do projeto. (HOFFMAN, 2008)

²⁰ Art. 1.052. Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social.

²¹ Art. 1^o A companhia ou sociedade anônima terá o capital dividido em ações, e a responsabilidade dos sócios ou acionistas será limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas.

²² A limitação de responsabilidade no Brasil também pode ocorrer de forma contratual, se que haja a necessidade de criação de uma nova sociedade, nos moldes da *Trust*, que representa uma ferramenta do mercado utilizada internacionalmente para limitar a responsabilidade. Um exemplo de *Trust* no Brasil são os fundos de investimento. Entretanto, há inúmeros outros instrumentos de limitação de responsabilidade: seguros, derivativos e contratos em geral, propriedade fiduciária, entre outros. (ENEI, 2007)

²³ Estas garantias, na doutrina jurídica nacional, se dividem em reais e pessoais. A primeira refere-se aos bens móveis ou imóveis e a segunda à pessoa. As garantias reais recairão sobre os bens que estão sob a posse da SPE, enquanto que as garantias pessoais recairão sob qualquer pessoa, podendo ser os patrocinadores, outros acionistas ou um terceiro.

2.3 O financiamento de projeto no Brasil

Um dos principais objetivos do financiamento de projeto é fomentar projetos viáveis economicamente, mesmo estando sediados em países institucionalmente frágeis. Nesse caso, a preocupação dos credores limita-se à capacidade financeira dos devedores em saldarem as suas dívidas e, a princípio, não há nenhuma preocupação em relação à alocação dos recursos. (AZEREDO, 1999)

Entenda-se capacidade financeira do projeto como: estoque de capital, ativos, fluxo de caixa, contratos, etc.

A implantação do Plano Real, em julho de 1994, alterou de forma significativa os alicerces da economia brasileira ao conter a alta taxa de inflação que vigorava no país. Os índices de inflação passaram de uma taxa média mensal de 27,3%, entre jan/90 – jul/94, para a atual de 0,9%, entre ago/94 – jul/02 (a taxa de inflação mencionada foi calculada de acordo com IGP-M (Índice Geral de Preço de Mercado) divulgado pela FGV). (BORGES, 2007)

Num projeto empreendido por uma empresa pública, os financiamentos obtidos têm, geralmente, o aval do Tesouro²⁴. Isso, em princípio, reduziria o risco de crédito para os bancos e credores em geral, tendo em vista que é associada ao governo uma fonte de receita permanente: a arrecadação tributária, que afasta a possibilidade de falência do negócio (FINNERTY, 1999). Na perspectiva da banca privada, quer nacional, quer internacional, o uso do financiamento de projeto demonstra evidentes vantagens quanto ao envolvimento das partes, utilização de garantias que podem fugir do risco de soberania e outras já apontadas.

Entretanto, há dois pontos que tornam difícil a sua plena adoção no Brasil para projetos de infraestrutura.

²⁴ A mudança de paradigma, pós-privatização da infraestrutura, está relacionada ao novo perfil de risco a ser assumido pelos agentes privados e pela forma utilizada de segregá-lo. A escolha pelos instrumentos de financiamento de projeto é uma forma de substituir garantias usuais, as quais são oferecidas pelos acionistas e que cobrem totalmente as obrigações do tomador de recursos, independentemente de o empreendimento gerar recursos suficientes para remunerar o investimento.

Devido ao longo prazo desses projetos, muitos bancos não se sentem à vontade quanto ao cumprimento de obrigações ou políticas governamentais; também os longos prazos necessários para a maturação desses investimentos em infraestrutura não são muito compatíveis com aqueles que tais bancos tendem a aceitar. (AZEREDO, 1999)

Esses dois pontos ainda são fatores restritivos à generalização do financiamento de projeto no Brasil, bem como ao apoio a projetos de infraestrutura em geral. Essa característica, entre outras, fez com que não haja nenhum exemplo de financiamento de projeto puro que possa ser apontado em nosso País.

É mais correto dizer que as operações, que poderiam ser sob essa forma, acabaram por adotar um híbrido de *corporate* e *project finance*, especialmente quanto à exigência de garantias pessoais ou uso de empréstimo-ponte corporativo na fase de implantação. (ENEI, 2007)

O financiamento de projeto, mesmo híbrido, tem se mostrado adequado apenas para projetos de alto valor e, em geral, em infraestrutura, pelas características de monopólio legal ou natural. Alguns exemplos de projetos industriais têm sido bastante mais morosos em suas negociações. Receitas oriundas de monopólios legais ou naturais dão mais conforto aos participantes. (BORGES, 2007)

2.3.1 O financiamento de projetos e as parcerias público-privadas (PPPs)

Após estes esclarecimentos, poderia surgir a indagação se a Parceria Público-Privada²⁵ seria uma espécie de financiamento de projetos, ou se pelo menos guardaria relação com o mesmo.

²⁵ A Parceria Público-Privada (PPP) foi criada pela Lei 11.079 de 2004 e subdivide-se em duas modalidades: patrocinada e administrativa. Em ambas é assinado um contrato administrativo de concessão. A modalidade patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei no 8.987/95, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. Já a modalidade administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens. (Parágrafos 1º e 2º do art. 1º da Lei das PPP). A referida norma ainda deixa expresso que não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. (Parágrafo 3º do art. 1º). (FREITAS, 2004)

A literatura aponta que são institutos diferentes, mas que guardam similaridades em certos aspectos.²⁶

A Parceria Público-Privada somente será aplicada aos empreendimentos que não possuem auto-sustentabilidade, por necessitarem da contribuição financeira do setor público para que haja viabilidade econômico-financeira. Para os empreendimentos que são economicamente viáveis, através de receita própria, as modalidades aplicáveis serão os financiamentos convencionais ou o financiamento de projeto. (BORGES, 2007)

Os benefícios das PPPs são inúmeros, sendo destaque a alocação dos riscos do empreendimento de forma distribuída entre o ente público e o ente privado. Aqueles empreendimentos que não são sustentáveis, ou que possuam grandes riscos de não o ser, o setor público entrará como um segurador que alocação para si os riscos da demanda. (MUKAI, 2008)

As desvantagens²⁷ estão baseadas mais na falta de histórico de prática que o instituto ainda possui, pois, além da Lei das PPPs ter sido promulgada recentemente, no ano de 2004, ainda não há projetos bem sucedidos economicamente sob o manto da referida norma. Sem um histórico prático, os investidores tendem a demonstrar desconfiança em relação ao sucesso financeiro de ingressar em um projeto não sustentável, em que a garantia de retorno estaria subordinado ao governo, como exemplo o risco político. (MUKAI, 2008)

²⁶ Na análise sobre a relação entre financiamento de projetos e parceria público-privada, Enei observa que "(...) é possível identificar uma forte sinergia entre as parceiras público-privadas e o financiamento de projetos, muito embora, tecnicamente, trata-se de conceitos diferentes, com finalidade e foco distintos, o primeiro designando uma espécie de colaboração entre Estado e iniciativa privada, e o segundo uma técnica de captação de recursos com limitação de responsabilidade e alocação de riscos." (ENEI, 2007)

²⁷ Sob esta perspectiva, Xavier Borges assevera que "Usando as experiências com *project finance* em infraestrutura, pode-se genericamente dizer que o mercado financeiro considerará a "bancabilidade" da PPP como de alto risco, pela necessidade de grande volume de recursos durante a longa fase de implantação, que exige financiamentos e garantias corporativos, pelo risco regulatório durante a operação do serviço, que pode alterar os custos, e pelo risco político da inadimplência da contrapartida do setor público, que pode frustrar a receita esperada." (BORGES, 2007)

3 A ALOCAÇÃO DE RISCOS NO FINANCIAMENTO DE PROJETOS

3.1 Interpretação econômica do direito

A perspectiva interdisciplinar é fundamental para o estudo do Direito. Mas não se trata de uma simples visão enciclopédica e superficial das relações entre as outras disciplinas e a Ciência do Direito, como é comum nos manuais de direito. É necessária uma compreensão integrada do Direito com outros campos de conhecimento para superar formalismo excessivo que durante muito tempo caracterizou as letras jurídicas. (GRAU, 2006)

O fato é que a efetividade de um instrumento jurídico de intervenção do Estado na economia, e de resto em qualquer setor da vida social, remete, inevitavelmente, à relação entre estrutura de um modelo ou instituto jurídico e o objetivo que se pretende com ele atingir. Trata-se do problema do alinhamento entre a estrutura (formal e substantiva) de um instituto e sua função reguladora efetiva (JANSEN, 2003).

Mas a integração ou apropriação do saber econômico exige cuidados. Ela não pode ocorrer de maneira acrítica. Alguns pontos merecem destaque. Um primeiro aspecto a destacar é que, por mais que se faça uso de conhecimentos da teoria econômica, a abordagem não pode perder seu cunho jurídico, sendo a dimensão econômica um componente imprescindível da realidade tratada, mas não a dimensão preponderante. (BETTI, 2003)

Na prática, significa que a preocupação analítica é com a dimensão jurídica da ordenação econômica e não com os fenômenos econômicos em si. O segundo ponto é a idéia da economia como uma dimensão "naturalística" — como alguns juristas costumam referir para distinguir do mundo jurídico — tem significativa carga ideológica. (CORAZZA, 2003)

Boa parte do que chamamos de econômico embute uma visão, uma estruturação teórica feita a partir da análise econômica sobre a dimensão das relações produtivas. Negligenciar este recorte leva a perder de vista o viés da abordagem econômica embutida, o debate no qual se insere e os elementos da realidade objeto que ensejam o debate.

Nesse contexto, a análise jurídica fica limitada, subordinada à discussão e orientação econômica. Um exemplo importante é a noção de ordem econômica, cuja ambiguidade remete a confusões com efeitos determinantes sobre as opções e os entendimentos. Isso, porque a noção de ordem econômica tem proximidade com a idéia da existência de uma ordem social "natural", possuidora de uma lógica auto-ordenadora²⁸ da dimensão econômica da sociedade. (GRAU, 2006)

A dinâmica do capitalismo, contudo, aponta para a falta de realismo de uma visão de livre mercado auto-regulado. O ponto que interessa destacar aqui é a dependência estrutural que a economia tem do direito e de como é difícil tratar a ordem econômica sem considerar seu sentido normativo. A acoplagem entre direito e economia é assim delineada na perspectiva assinalada pelo ex-ministro do STF, Eros Roberto Grau:

[...] o direito é elemento constitutivo do modo de produção: as relações de produção, quaisquer que sejam elas, não se podem reproduzir sem a "forma" direito; o direito é instância de um todo complexo? a estrutura social global? instância no entanto dotada de eficácia própria, que se manifesta no bojo der uma relação de causalidade estrutural, resultante de interação dela (instância jurídica) com as demais instâncias desse todo complexo. A idéia fundamental é o direito como parte constitutiva do modo de produção). (GRAU, 2006)

Também na visão de Fábio Nusdeo há uma imbricação profunda entre direito e economia. Diz o autor:

²⁸ O paradigma é a noção de mão invisível de Adam Smith. Esta é uma idéia cara ao debate econômico e político das sociedades ocidentais, pois está no centro da própria discussão sobre ao significado ou a necessidade da intervenção estatal na economia. Afinal, uma ordem social auto-regulada, como seria a economia de mercado, prescindiria de qualquer regulação heterônoma. Melhor, exigiria a não intervenção de forças exógenas para manutenção de sua harmonia interna, de seu equilíbrio. (CORAZZA, 2003)

"Mais do que íntima relação, trata-se, na verdade, de uma profunda imbricação, pois os fatos econômicos são o que são e se apresentam de uma dada maneira em função direta de como se dá a organização ou normatização - *nomos* - a presidir a atividade desenvolvida na *oikos* ou num dado espaço físico ao qual ela possa se assimilar. E o *nomos* nada mais vem a ser do que normas ou regras, estas objeto da ciência do Direito." (NUSDEO, 2001)

Para Letácio Ortiz, a relação entre Direito e Economia pode ser sintetizada em dois aspectos: a) o direito deve configurar o sistema econômico; e b) a análise econômica deve inspirar e fundamentar a interpretação jurídica. Na sua visão, há uma necessidade de juridicização das leis econômicas como meio para promover a riqueza das nações. (ORTIZ, 2004)

Por óbvio que essa proximidade diz respeito mais diretamente ao direito econômico, devendo ser ponderado com mais cuidado nas tentativas de expandir o raciocínio econômico para outros âmbitos do direito. O que interessa aqui, entretanto, é destacar a essencialidade do direito para a configuração do sistema econômico, com especial foco na ideia de que cada sistema econômico requer sua própria ordem jurídica. (ORTIZ, 2004)

Isto impõe à tecnologia jurídica limites e condições não jurídicas. Ou seja, é preciso considerar fatores jurídicos não econômicos do mundo econômico e fatores sociais e econômicos do mundo jurídico²⁹. Logo, tal prefácio da interpretação econômica do direito expõe justamente o panorama de integração entre os fatores jurídicos e econômicos ensejado pelo sistema do financiamento de projeto.

3.1.1 Financiamento de projeto e desenvolvimento econômico

O financiamento de projetos apresenta-se como uma forma de implementar projetos economicamente viáveis, mesmo estando localizados em países de risco elevado.

²⁹ A ideia básica a reter é que o direito se configura na ordem social como elemento constitutivo do sistema econômico. Nesse sentido, qualquer que seja o objetivo de uma política pública ou ordenação jurídica, ela ocorre dentro de um universo social e busca atingir objetivos relacionando-se com as lógicas desse ambiente. (JANSEN, 2003)

Essa estrutura de financiamento permite o aumento da alavancagem financeira das empresas, em especial das de infraestrutura, para que elas possam expandir suas operações, principalmente nos países em desenvolvimento³⁰.

Concretiza-se, portanto, um instrumento não apenas capaz de engendrar inovações jurídicas, mas sobretudo de propiciar desenvolvimento econômicos nas regiões em que recebem um investimento angariado por financiamento de projeto. (ENEI, 2007)

Justamente por isso, tendo em mira a necessidade da viabilidade econômica do projeto, o estudo da classificação dos riscos em um financiamento de projeto é deveras importante, assunto focado a seguir.

3.2 A consideração dos riscos no financiamento de projetos

Em exemplo de literatura especializada sobre o assunto, podemos extrair o entendimento externalizado por Antônio Duarte Júnior, em que o autor trata o risco na perspectiva do crédito, definindo o mesmo como “a probabilidade de ocorrência de algum evento desfavorável para algum resultado esperado”. (DUARTE JÚNIOR, 2003)

De antemão, mister definir o que vem a ser o termo “risco”, no sentido puro da palavra, sendo necessário para se aplicar o conceito de risco no âmbito jurídico. Assim, o termo “risco” seria

“Exposição à chance de injúria ou perda; um perigo ou chance perigosa; um fator, coisa, elemento, ou direção que envolve certo perigo; a variação de retorno de um investimento; chance de não ser pago um débito.” (SILVA, 1991)

³⁰ Nesse caso, verifica-se considerável escassez de recursos para investimento e, em contrapartida, o potencial de crescimento desses setores encontra-se acima das taxas verificadas nos mercados maduros.

Na literatura financeira sobre o assunto “risco”, percebemos que a análise de riscos é uma prática comum na área econômica, que procura expressar numericamente a probabilidade de ocorrer determinado fato que prejudique o retorno financeiro do investimento.

Geralmente, o risco representa um evento futuro e incerto que venha a provocar uma perda negativa para aquele que está ingressando, ou já ingressou, com capital em algum investimento. (DUARTE JÚNIOR, 2005)

Após as incertezas serem resolvidas, o risco passa a ser inexistente. Ademais, riscos não podem ser descritos para eventos históricos ou para eventos que já começaram a ser realizados. De forma similar, riscos não podem ser diretamente associados com sucesso. (DUARTE JÚNIOR, 2003)

No contexto brasileiro, a atividade de classificação de risco é realizada no mercado financeiro por alguns grandes bancos atacadistas, geralmente multinacionais, com o objetivo de diferenciar, para uso interno, os níveis de risco de grandes empresas. Também são de uso corrente os sistemas de escores, voltados para orientar a concessão de crédito para o mercado de varejo e para pessoas físicas. (DUARTE JÚNIOR, 2003)

O BNDES dispõe de um sistema de classificação de risco (SCR) desde o final de 1993, utilizado para avaliar o nível de risco das empresas, de grupos econômicos e de entidades que se relacionam diretamente com a Instituição. O SCR abrange três subsistemas: para empresas e grupos não-financeiros, para instituições financeiras e para Estados e municípios. (AZEREDO, 1999)

Como os principais objetivos do financiamento de projeto são a identificação e a alocação dos riscos do empreendimento, pode ocorrer de haver um esforço, por demais dispendioso, para que haja a adequada alocação dos riscos entre as partes, já que a chance de discórdia entre as mesmas é alta por causa da defesa dos interesses próprios de cada pólo de interesse.

Além dessa questão, ainda há o aumento do risco por parte do financiador; aplicação de maiores taxas e comissões; poder de ingerência maior por parte dos financiadores; exigência de prestar relatórios das atividades ao(s) investidor(es); maior custo na contratação de seguradora(s); maior incentivo ao patrocinador de não tomar os devidos cuidados com o risco. (ENEI, 2007)

Como o financiamento de projeto lida com riscos de naturezas diversas, tanto de origens econômicas, quanto jurídicas, além dos riscos inerentes ao próprio projeto, é preciso adotar uma sistemática de administração dos riscos que o financiamento de projeto procura lidar. Ademais, há riscos externos que não se relacionam com o projeto em si e os riscos que ocorrem durante o desenvolvimento, construção e operação do mesmo. (FINNERTY, 1999)

A indicação do risco depende de que perspectiva do financiamento de projeto o analista de riscos se encontra. Há um rol menor de variáveis na perspectiva do financiador do que do patrocinador do projeto na análise de risco, pois o segundo lidará com riscos bem mais amplos e mais difíceis de serem previamente identificados. Isso ocorre pela desnecessidade do financiador analisar todos os riscos que o patrocinador necessita lidar, já que não lhe cabe este papel, restringindo-se apenas às garantias que o patrocinador lhe fornece e um estudo sobre a demanda e a situação do mercado. (FINNERTY, 1999)

3.2.1 Riscos em espécie

Nesse diapasão, concentra-se a presente análise nos riscos³¹ que um empreendimento dessa espécie enfrenta, podendo empiricamente serem ordenados em quatro grandes categorias: 1) risco operacional do projeto; 2) risco de natureza econômica, 3) risco de natureza política e 4) risco legal. (BORGES, 2007)

O risco legal na perspectiva do empreendimento em território brasileiro, por ser este altamente regulado pelo poder público, possui mais questões do que em um ambiente onde não há forte regulação incidindo.

Identificar estes riscos é necessário para que seja possível alocar os mesmos para as partes mais adequadas absorvê-los e mitigá-los, já que alguma questão ou condição não aceitável para uma parte pode ser transferida para outra.

³¹ Os riscos a que cada parte se submete quando do ingresso em um empreendimento possui um viés subjetivo, pois cada um dos participantes no empreendimento possui uma perspectiva diferente em relação às garantias e receitas referentes a sua participação no desenvolvimento e na operação do mesmo.

Ou seja, o participante do projeto que melhor possuir a capacidade de controlar um determinado risco (engenharia, econômico, político ou jurídico) será aquele que tipicamente será atribuído à gestão e absorção do risco. (ENEI, 2007)

3.2.1.1 Riscos Operacionais

Os riscos operacionais englobam os riscos técnicos, de engenharia e de fornecimento de insumos para o empreendimento, podendo ser exemplificados (FINNERTY, 1999) pelos seguintes itens:

- (i) Alterações climáticas que modifiquem o comportamento dos ventos e, conseqüentemente, impactem na geração de energia pelo empreendimento;
- (ii) Dificuldade de acesso aos sistemas de transmissão por questões técnicas;
- (iii) Dificuldade ou impossibilidade de adquirir equipamentos para o empreendimento;
- (iv) Desempenho dos equipamentos utilizados no empreendimento abaixo do esperado;
- (v) Previsões incorretas quanto às variações de preços a serem praticados para remuneração do setor de geração, pois aumentos de certas despesas não podem ser repassados às distribuidoras;
- (vi) Previsões de demanda incorretas e aumento inesperado da concorrência no setor de geração de energia;
- (vii) Aumentos inesperados dos custos relacionados ao desenvolvimento do projeto, bem como atrasos no cronograma do mesmo;
- (viii) Vencimento antecipado da dívida do financiamento por motivos da não observância das obrigações contratuais assumidas pelo patrocinador do empreendimento;
- (ix) Restrições ao manejo operacional e financeiro do empreendimento resultado do nível de endividamento do mesmo;

- (x) Danos causados pelo empreendimento podem não ser cobertos pelo seguro contratado pelo patrocinador do projeto ou pode ocorrer de não haver capital suficiente para ressarcir os danos eventuais sem causar danos ao empreendimento;
- (xi) Possibilidade dos serviços prestados por terceiros não serem executados de forma eficiente ao empreendimento;
- (xii) Possibilidade de ocorrer inadimplência no âmbito do Ambiente de Contratação Livre, causando perdas no caixa do empreendimento.

3.2.1.2 Riscos Econômicos

Os riscos de natureza econômica englobam todos aqueles que envolvem comportamentos de mercado, estando relacionados com questões externas ao empreendimento, podendo ser ilustrados (DUARTE JÚNIOR, 2005) por:

- (i) Oscilações cambiais e inflação;
- (ii) Cenário econômico externo e enfraquecimento do interno durante e/ou após a construção do empreendimento e no decorrer da sua vida útil;
- (iii) Queda da demanda de energia por parte dos consumidores livres que dificulte a renovação dos contratos futuros de suprimento de energia;
- (iv) Queda da demanda de energia por parte das distribuidoras que permitem diminuição da energia contratada com as geradoras;

3.2.1.3 Riscos Políticos

Os riscos de natureza política estão conectados com questões que extrapolam a atuação do ordenamento jurídico, sendo resultado do comportamento dos entes públicos que antecedem uma norma ou um ato, elencando-se por:

- (i) Instabilidade Social e Política;
- (ii) Atuação do governo federal em relação às políticas econômicas como as anti-inflacionárias e cambiais;

- (iii) Política tributária;

3.2.1.4 Riscos Jurídicos

Por fim, há os riscos jurídicos, que são derivados de incertezas produzidas pela extensão e aplicabilidade da norma, estando relacionados com a hermenêutica acerca de nossa produção legal.

A questão do risco legal vem tomando força tanto na discussão acadêmica quanto nas estratégias administrativas das empresas. (AZEREDO, 1999) A literatura sobre o assunto ainda é recente e vem crescendo em decorrência da maior incidência regulatória que os estados globais vêm exercendo sobre as atividades econômicas em geral. São exemplos importantes o Acordo de Basileia II³², para bancos, e o COSO (*Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission*)³³, para demonstrações contábeis das empresas. A maior incidência regulatória dos estados sobre a economia não é um fator simples e unificado.

Questões envolvendo o meio-ambiente, câmbio e estabilidade monetária, tributos, estabilidade na balança de pagamento, proteção do mercado interno, defesa da concorrência e do consumidor, também são variáveis que incidem sobre a atividade econômica e, desta forma, envolvem riscos quando da atuação do estado nestas questões. (MUKAI, 2008)

³² O Acordo de Basileia II foi formulado pelo *Bank of International Settlements* para promover a regulação mais adequada, em âmbito internacional, dos bancos e instituições financeiras: "This report presents the outcome of the Basel Committee on Banking Supervision's ("the Committee") work over recent years to secure international convergence on revisions to supervisory regulations governing the capital adequacy of internationally active banks." Disponível no site do Bank of International Settlements em: (<http://www.bis.org/publ/bcbs128.pdf>), pág. 15 (última visitação em 15 de outubro de 2011).

³³ O Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission é um órgão internacional que emite orientações sobre gestão empresarial de risco, de controle interno e de dissuasão da fraude, desenvolvidas para melhorar o desempenho organizacional e de governança, além de procurar reduzir a fraude nas organizações. (<http://www.coso.org/aboutus.htm>)

Os atos que o Estado exerce sobre o particular, com base nas suas prerrogativas legais, que podem resultar em perda ao patrimônio ou responsabilização pessoal, não são as únicas fontes de riscos. As relações jurídicas entre particulares também englobam riscos, pois existem formalidades para atos particulares e há falhas resultantes de contrato. Ocorre ainda a dificuldade de identificação do que vem a ser risco legal, pois a literatura aponta a existência de duas espécies deste risco: (i) risco legal e (ii) risco que pode ser tratado por questões legais. (BERGAMINI JÚNIOR, 1997)

Diante destes fatos, o gerenciamento de riscos é de suma importância para uma gestão eficiente do projeto que venha a participar em um ambiente de mercado, este que está sendo cada vez mais regulado. Do ponto de vista legal, o gerenciamento de riscos é exercido por um advogado ou “Chief Legal Officer”³⁴ capacitado para lidar não só com o risco legal, mas também com riscos que podem ser mitigados através de medidas jurídicas. (BORGES, 2001)

3.2.2 A ênfase do risco legal no caso brasileiro

Especificamente, o risco legal no financiamento de projeto envolve dois campos de atuação do Direito: o Direito Privado e o Direito Público.

O primeiro versa sobre o negócio jurídico entre dois entes de personalidade privada, que em certos casos cabe também ao Estado, e o segundo versa sobre as relações que envolvem os denominados direitos fundamentais, propriedades públicas e serviços públicos.

³⁴ O “Chief Legal Officer” é o gestor dos riscos legais relacionados a uma empresa, ou para cada unidade de negócio, em que a sua atuação diante das empresas cresce de importância de acordo com a complexidade dos riscos corporativos a que estas empresas estão sujeitas. Não obstante isso, o chief legal officer deve manter uma relação de comunicação com os administradores por estes ignorarem o arcabouço legal, o que pode gerar fraudes e perdas. Mesmo que a opinião do chief legal officer desaconselhe uma operação de maior rentabilidade financeira, as empresas têm levado mais em consideração o seu papel para minimizar perdas potenciais, agregando, assim, valor para o CEO, para o conselho e para os seus acionistas.

A origem do risco legal no âmbito das relações privadas se divide nas possibilidades de incorrer³⁵ em (i) responsabilidade contratual e (ii) responsabilidade extracontratual. (MARTINS-COSTA, 2006).

Quando se trata da classificação do risco, no sentido de alocação e mitigação prática no desenvolvimento do empreendimento, a maior parte dos trabalhos acadêmicos e relatórios existentes que tratam, ou pelo menos mencionam, o risco legal, são direcionados ao setor bancário³⁶ e ao setor financeiro em geral.

Esse quadro é resultado do esforço que estas instituições investem no desenvolvimento de modelos que lhes forneçam ferramentas capazes de analisar o risco de seus investimentos em relação ao capital próprio. Ou seja, o risco legal está sendo analisado mais em função da possibilidade de inadimplência para estas instituições, mas não vem sendo tratado diretamente do ponto de vista do projeto. (DUARTE JÚNIOR, 2003)

As finanças econômicas costumam definir o risco como fatos recorrentes que são passíveis de serem estimados no futuro com base na aplicação de probabilidade. Neste sentido é o ponto de vista demonstrado por Duarte Júnior, em que o risco pode ser entendido como qualquer medida numérica dessa incerteza, sendo que o risco legal seria uma medida da possibilidade de ocorrer perdas na hipótese de falhas decorrente de contratos, motivadas em falta de amparo por parte de um negociador; documentação insuficiente; insolvência; ou ilegalidade. (DUARTE JÚNIOR, 2003)

O mesmo autor ainda cita o risco legal no ponto de vista da indústria de administração de recursos de terceiros, que vem a ser a medida das potenciais perdas originadas da inobservância da legislação, da incidência de novos tributos ou nova interpretação dos existentes, ou de haver contratos obscuros ou mal documentados relacionados ao negócio. (DUARTE JÚNIOR, 2005)

³⁵ Em ambos os casos há a imposição de uma perda ao empreendedor pelo não cumprimento do que está estipulado no contrato, além da perda pela responsabilidade de um dano a um agente fora da relação contratual.

³⁶ Acaba que cada setor utiliza a sua experiência para definir o risco legal, pois este varia no caso a caso, já que os riscos a que os bancos e as financiadoras estão subordinados não necessariamente serão os mesmos riscos enfrentados por uma empresa atuante no mercado de geração de energia. Cada um destes agentes atua em mercados diferentes e sob regulações e riscos diferentes.

Considerando as origens do risco legal, tendo como ponto de partida o risco de perda derivada de questões legais para uma instituição, pode ser exemplificado (BERGAMINI JÚNIOR, 1997) por:

- (i) defeitos de transação³⁷;
- (ii) denúncia contratual e os custos derivados desta, que venha a resultar em responsabilização da instituição, ou outras perdas como a do término de um contrato;
- (iii) incapacidade de tomar as devidas medidas para proteger seus investimentos, como exemplo a propriedade intelectual; ou
- (iv) mudanças na legislação.

Por parte da jurisprudência, o risco legal não é tratado diretamente. No Supremo Tribunal Federal há apenas uma única menção ao risco legal, contido em um acórdão datado de 1950³⁸, sendo que não há a utilização de qualquer definição ou conceituação do que vem a ser o risco legal, e a expressão “risco legal” não há um único resultado³⁹.

Esta corte utiliza, em suas decisões, apenas as expressões “segurança jurídica” ou “insegurança jurídica” para referir-se majoritariamente as hipóteses em que o STF poderia julgar, de forma diversa, alguma matéria que já vinha sendo decidida de maneira uniforme pela corte.⁴⁰

³⁷ Os defeitos de transação mencionados são definidos como: 1) ingressar em uma transação que não aloca direitos e obrigações e os riscos associados da maneira pretendida; 2) ingressar em uma transação que é, ou deve ser, determinada a ser vazia ou inexecutável no todo ou em respeito a uma parte material por qualquer motivo; 3) ingressar em uma transação com base em representações ou investigações que se revelem falsas ou enganosas ou que falhem em divulgar fatos ou circunstâncias; 4) desentendimento em relação ao efeito de uma ou mais operações, como exemplo acreditar que um direito de compensar existe quando na verdade não existe ou que certos direitos estarão disponíveis na insolvência de uma parte quando na realidade não estarão; 5) celebrar um contrato que não deve, ou não terá, um efetivo ou justo procedimento de resolução de litígios (ou procedimentos de execução de sentenças/decisões de arbitragem) que lhe é aplicável; 6) a celebração do contrato de forma inadvertida.

³⁸ RE 17752 / DF – Distrito Federal – Recurso Extraordinário. Relator(a): Min. OROSIMBO NONATO. Julgamento: 20/10/1950. Órgão Julgador: Segunda Turma.

³⁹ Consultas realizadas no sítio eletrônico do STF, pesquisa de jurisprudência, no endereço: (<http://www.stf.jus.br>), até a data de 20 de novembro de 2011.

⁴⁰ Exemplo: “Considerou que a criação de determinadas hipóteses em que o indivíduo não pudesse invocar a existência de coisa julgada teria por fundamento o respeito a outros dispositivos igualmente constitucionais. Salientou que a nociva manutenção de decisões divergentes do entendimento firmado por esta Corte também provocaria grave insegurança jurídica, o que violaria o art. 5º, XXXVI, da CF.(...) A respeito da utilização de instrumentos que possibilitariam a solução da divergência de decisões que tratassem de matéria constitucional, reportou-se ao RE 328812 ED/AM (DJE de

No Superior Tribunal de Justiça (STJ)⁴¹, não há qualquer menção à expressão “risco legal”, mas há a presença de resultados referindo-se indiretamente à expressão “risco legal”⁴², sendo que em nenhum voto, em que se utiliza a referida expressão, houve a apresentação de definição ou conceito do que vem a ser o “risco legal” para essa corte. Contudo, há decisões que se preocupam com o seu impacto jurídico nas relações econômicas e nas funções regulatórias das agências reguladoras junto aos seus regulados.⁴³

No Tribunal de Contas da União (TCU)⁴⁴, encontram-se decisões contendo tanto a expressão “risco legal” quanto a expressão “risco jurídico”, havendo ainda maiores detalhes nas decisões em relação ao risco legal e sua conexão com a matéria que está sendo tratada. Todavia, não se encontra uma definição ou conceito de risco legal em suas decisões, havendo apenas a utilização da mesma expressão em diversos casos.⁴⁵

2.5.2008), e, ainda, ao RE 198604 EDv-ED/PR (DJE de 22.5.2009), no sentido de que o Supremo deve evitar a adoção de soluções divergentes, principalmente em relação a matérias exaustivamente discutidas por seu Plenário, já que a manutenção de decisões contraditórias comprometeria a segurança jurídica, por provocar nos jurisdicionados inaceitável dúvida quanto à adequada interpretação da matéria submetida a esta Corte.” (RE 590880/CE, rel. Min. Ellen Gracie, 24/3/2010)

⁴¹ Consultas realizadas no sítio eletrônico do STJ, pesquisa de jurisprudência, no endereço: (<http://www.stj.jus.br>), até a data de 27 de abril de 2010.

⁴² Exemplo é o voto do Ministro Aldir Passarinho Junior no julgamento do REsp 1061530 / RS: “Em relação aos juros remuneratórios, acompanho em parte a eminente Ministra Relatora no sentido de entender que não há a limitação de juros. Constitucionalmente, isso foi abolido, e o que se entende é que se considera abusivo aquilo que for demonstrado como ultrapassando, em muito, a taxa média de mercado. Essa consideração, realmente, fica a juízo das instâncias ordinárias e me parece até que, nesse ponto, depois que assim se firmou, vêm os Tribunais estaduais aplicando, de forma razoável, a orientação do STJ. Entendo a posição da Sra. Ministra Nancy Andrighi quando quis estabelecer um teto objetivo para aferição da abusividade poder, pelo menos, aliviar as instâncias superiores. Muito embora vendo a praticidade da proposta, penso que as instâncias ordinárias é que devem avaliar, mesmo porque – o Sr. Ministro João Otávio de Noronha destacou, e é fato – isso depende de uma série de fatores, inclusive do risco jurídico de cada região e suas peculiaridades.” (2ª Seção, REsp 1061530 / RS, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, unânime, DJ de 10/03/2009)

⁴³ É o caso de processos no STJ em que há pedidos de revisão de regras reguladoras, como exemplo as que estipulam a cobrança de encargos setoriais, sendo em diversas vezes concedidas nos tribunais inferiores, mas derrubadas no STJ: “Não coube ao min. presidente deste Superior Tribunal analisar se as agravantes estão ou não obrigadas ao pagamento dos encargos estipulados pela Aneel. Considerou, tão somente, os riscos que a manutenção da sentença traria à ordem e à economia públicas, deferindo a suspensão, notadamente, porque a decisão impugnada invadiu, indevidamente, a competência atribuída pela Lei n. 9.427/1996, art. 3º, IV, à Aneel, para fixação dos critérios utilizados para cálculo do preço de transporte, de que trata a Lei n. 9.074/1995, art. 15, § 6º.” (AgRg na SS 1.424-RJ, Rel. Min. Presidente Edson Vidigal, julgado em 1º/2/2005).

⁴⁴ O TCU é um órgão auxiliar ao Poder Legislativo de fiscalização, sendo suas decisões vinculativas a quem for parte no processo e sugestivas para os demais entes da administração pública. A norma de criação do TCU possui status constitucional: “Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária,

É de se notar que o risco legal seria composto por eventos relacionados com alguma questão jurídica, produto da existência, ou inexistência, de norma, ou contrato, que influencie de forma incerta a atuação ou a responsabilidade de um agente atuante em um determinado setor econômico. Observar esta questão é necessário para que não ocorra a hipótese de haver a classificação de um risco originado do direito como risco não jurídico, podendo resultar, em alguns casos, em análise insuficiente e ineficiente por este trabalho.

Da mesma forma, como já explicitado acima, cada setor lida com o risco legal de acordo com as regras incidentes e as formas que as relações privadas ocorrem. No financiamento de projetos não é diferente, já que os riscos legais que incidem sobre o mesmo devem ser analisados de acordo com a maneira que essa incidência ocorre perante os procedimentos do financiamento de projetos. (AZEREDO, 1999)

operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder. Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumas obrigações de natureza pecuniária. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998); Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: (...)"

⁴⁵ Exemplos: "3.3.18. Os riscos de natureza externa também devem, nas situações cabíveis, ser verificados por trabalhos na área de risco operacional, pois muitas vezes já foram responsáveis por perdas no mercado financeiro, segundo a *British Bankers Association*. 3.3.19. Podemos classificá-los como os riscos relacionados à legislação e aplicação do Direito (Risco legal), à terceirização, a fatores políticos, à regulação de operações, ao fornecimento de insumos ou informações, a questões tributárias, a desastres, a atos de terrorismo e à segurança patrimonial." (Acórdão 1779/2005 – Plenário) e "225. Outro problema decorrente desta relação de parceria é a falta de rigor na formalização das relações contratuais. Dificuldades imprevistas têm resultado em soluções extra-contrato que acabam dando ensejo a situações de risco jurídico tanto para o BNDES quanto para os contratados." (Decisão 228/2001 – Plenário).

4 A DEFASAGEM DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO BRASILEIRO DOS CONTRATOS

Tendo em mira proceder à relação do escopo contratual do financiamento de projeto, cujos fundamentos foram visitados retro, com a regulamentação do direito internacional privado brasileiro obrigacional, doravante dedica-se ao enfrentamento dessas regras conflituais. Notadamente, diz-se que o direito deve servir ao contexto social do qual é fruto. (ENGISCH, 2004) Dessa forma, desde já se sustenta que o direito internacional privado brasileiro não vem acompanhando a tendência mundial de atualização em favor da dinâmica comercial internacional, inapto a confirmar aquela máxima jurídica.

Logo, tal defasagem é bastante percebida no caso específico da estrutura do financiamento de projeto, que vem recorrendo à arbitragem comercial como recurso de mitigação da alocação do risco legal. (HOFFMAN, 2008)

Com o desenvolvimento da economia mundial e o surgimento de novas e complexas relações comerciais, que inclui desde a compra e venda de mercadorias e a prestação de serviços até operações por meio eletrônico (MARQUES, 2007), surgem os contratos internacionais. Esses, por sua vez, têm sido objeto de constantes construções teóricas que se compõem a partir de diversos critérios. (DOLINGER, 2003)

Por essas razões, a contratação internacional tornou-se um importante instrumento criador de inúmeras formas de contratação, das quais a rede contratual do financiamento de projeto é um ótimo exemplo. Consecutivamente, passa-se a aperfeiçoar as técnicas já existentes e gerar novos institutos jurídicos. (ARAÚJO, 2003)

Isso contribui com o desenvolvimento do direito, de tal sorte que os contratos internacionais detiveram um papel relevante nesta evolução, conquanto o direito conflitual brasileiro não a tenha seguido, cujos aspectos descortinam-se a seguir.

4.1 A globalização e o direito

No fenômeno da globalização, é fato perceptível que na modernidade o capitalismo comercial transformou-se em industrial, e atualmente, de serviços. Exceto apenas nos períodos das grandes guerras mundiais, no século passado, confrontamos-nos com uma explosão do comércio internacional (de mercadorias e de serviços), ou seja, uma globalização econômica⁴⁶. (GALGANO, 2005)

Atores desses mercados globais, as empresas transnacionais desempenham um papel de destaque, principalmente no que diz respeito ao cenário jurídico. Este se inova pelas práticas comerciais de tais empresas, pois apesar do vínculo jurídico que possuem, é inegável que o controle nelas exercido é realizado quase que de forma “extralegal”, pois a sede da empresa é que determina o rumo que suas filiais tomarão, administrando investimentos em escala mundial. (GRAU, 2006)

Diante disso, essas empresas necessitam de liberdade em suas operações e buscam legitimidade e reconhecimento de suas práticas e costumes, sem a interferência de uma lei estatal interna, privilegiando-se o que se costuma chamar de o “princípio da autonomia da vontade” (RECHSTEINER, 1996). Assim, há uma busca de se codificar tais práticas e costumes, no escopo de se estabelecer um autogerenciamento mediante a padronização de regras aplicáveis a tais negócios realizados por essas empresas transnacionais.

⁴⁶ Esse mercado atual se caracteriza pela rapidez nas comunicações e por um grande desenvolvimento da infraestrutura (telefonia celular, televisão por satélite, transportes em larga escala, etc.). Com a abertura dos mercados de cada país e o avanço da modernização tecnológica, principalmente dos meios de comunicação, houve um inevitável movimento de internacionalização das empresas. Houve a transformação dos mercados nacionais, que deixaram de ser isolados para se tornarem globais e interdependentes.

O direito sofre um duplo efeito provocado pela globalização da economia: a formação de um direito não estatal e até mesmo transnacionalidade⁴⁷ do direito estatal. (CASTRO, 2001)

4.2 Contratos internacionais e financiamento de projeto

Reiterando-se a necessidade de correlacionar o escopo do financiamento de projeto com os preceitos de nosso direito internacional privado contratual, intenta-se em seguida promover uma breve sinopse dessa área jurídica.

4.2.1 Panorama histórico do direito internacional

O século XIX inaugurou o direito internacional privado positivo, com regras inseridas no bojo das codificações, e o surgimento das Teorias de Savigny e Mancini (DOLINGER, 2003):

⁴⁷ A lei estadunidense Sarbanes-Oxley Act (doravante chamada de SOX), 30 de julho de 2002, é emblemática nesse sentido: constringe uma sociedade empresária, mesmo estrangeira, que negocia em bolsas de valores americanas, submeter-se aos mecanismos de controle contábil exigidas das empresas nacionais. Igualmente, aquela empresa estrangeira cuja controladora seja americana está obrigada a aceitar o controle de inspetores americanos, determinando na prática uma nacionalidade dupla para a sociedade. O governo americano, na verdade, objetiva evitar que empresas burlem o direito interno, propondo uma resposta à globalização. Anômalo sob uma perspectiva ortodoxa, tal fenômeno, em essência visa submeter o direito americano a empresas que atuam no exterior. Em contrapartida, irrompe no cenário europeu, a problemática da aceitação dessa lei americana, pela qual poderiam padecer sob os rigores da SOX, caso não houvesse nenhuma exceção às suas regras, ou caso vingasse a ideia de que as autoridades americanas pudessem revisar as controladas italianas por inspetores americanos. A superação desse impasse pela intervenção e diálogo estreito entre as autoridades tecnocráticas e a SEC. Consecutivamente, embora esse órgão entenda que haja garantia de transparência, o parecer de dispensa de aplicação ultranacional da SOX é feita no caso concreto. As reverberações desse diálogo entre as costas do Atlântico resultaram na inspiração da legislação italiana no modelo americano de exigência de transparência e proteção da economia, em especial no sentido de que o balanço da sociedade italiana esteja acompanhada do balanço da estrangeira controlada. Não só estabelecendo a distinção entre a índole do modelo americano e do modelo europeu, Galgano critica o fato de a SEC não haver acolhido a solicitação de prévio arrolamento dos sistemas jurídicos estrangeiros isentos da aplicação ultranacional da SOX, justamente por apresentarem equiparação quanto às garantias de transparência administrativa das companhias. Em suma, conclui que o se está diante de outro tipo de protecionismo, cujo objeto de defesa está fundado nos próprios cidadãos do país contra os atos fraudulentos das próprias empresas nacionais. (GALGANO, 2005)

- (i) Savigny: O fato de todas as pessoas viverem em uma comunidade internacional torna possível a solução dos conflitos pela paridade de tratamento entre a lei do foro e a lei estrangeira;
- (ii) Mancini: Sua teoria parte do pressuposto da nacionalidade com lei reguladora do estatuto pessoal do indivíduo, sendo um dos grandes incentivadores da codificação do direito internacional privado.

As doutrinas do século XIX caracterizavam-se pelo traço “universalista”, estendendo-se até a Primeira Guerra Mundial. Coexistiram paralelamente os “particularistas”, que reconheciam a diversidade dos sistemas nacionais como uma realidade legítima em razão da diversidade estrutural dos Estados, especialmente quanto às normas de direito internacional privado. O período entre-guerras⁴⁸ observou o declínio da tendência universalista com o predomínio do particularismo e um certo nacionalismo. (STRENGER, 1986)

Após a Segunda Guerra Mundial, surgem mais regras que passam a atuar diretamente na situação jurídica, ao invés de procurar a lei aplicável pela regra indireta, mediadora entre os sistemas jurídicos envolvidos. O conflito de jurisdição e a busca do juiz competente para o feito enfraquecem a noção de conflito de leis.

Em quanto isso, no Brasil, o direito internacional privado surgiu com a primeira Constituição e o Código Comercial, que englobavam leis portuguesas. Somente em 1917, com a instituição da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), é que a matéria ganhou normas específicas, embora ainda fosse influenciada pela prática europeia e por isso inserida no Código Civil. (DOLINGER, 2003)

4.2.2 Fontes do direito contratual internacional

Uma vez que a transação internacional é regida pelo direito internacional privado, é necessário determinar-se suas fontes.

⁴⁸ Este período foi marcado também pela ênfase dada as soluções codificadoras em matéria internacional da jurisprudência, como o importante trabalho realizado pela Conferência Permanente de Direito Internacional de Haia. Acompanhando essa tendência, podemos citar o papel da América Latina, através do Tratado de Lima de 1877, dos Tratados de Montevideu de 1889 e 1890 e do Código de Bustamantes em 1928. (AMORIN, 2003)

Adverte-se, entretanto, que tais fontes não privilegiam a observância dos tratados internacionais, mas sim os usos e costumes que se consolidaram através dos tempos, fazendo a adaptação necessária às inovações. (JAIME, 1995)

Assim, é necessário salientar que algumas instituições vêm desempenhando significativo trabalho no sentido de editar leis uniformes ou modelos, sintetizando em conjunto as regras e princípios que regem o comércio internacional.

Entre tais instituições, destacam-se a ICC (International Chamber of Commerce), o UNIDROIT (Institut International Pour L'Unification Du Droit Prive), o ILA (International Law Association), o UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law) e a OEA (Organização dos Estados Americanos). (ARÁUJO, 2009)

Como exemplo de produção de tais sínteses, podemos citar as Leis Uniformes de Genebra sobre letras de câmbio e promissórias (1930) e a sobre cheques (1931), os *Incoterms*, a lei modelo de arbitragem da UNCITRAL, a Convenção Internacional sobre compra e venda de Viena (1980).

Além desses trabalhos, cumpre-se destacar os importantes trabalhos sobre comércio internacional sintetizado pelo UNIDROIT nos “Princípios dos Contratos Internacionais”⁴⁹. (ARAÚJO, 2003)

Já a ideia de criação do *Incoterms*, editados pela ICC, foi a de se estabelecerem regras para o comércio internacional, padronizando os termos utilizados no comércio internacional, definindo os deveres e obrigações assumidos pelo importador e pelo exportador, diminuindo os problemas de interpretação das condições acordadas, aumentando-se a segurança e efetividade na realização dos negócios internacionais (KONDER, 2006)

⁴⁹ Os princípios do UNIDROIT refletem a tendência atual de se criar um direito transnacional característico das relações internacionais, desvinculadas de um ordenamento nacional em particular, constituindo uma fonte não legislativa de direito uniforme dos contratos internacionais. Seu objetivo é capacitar os agentes do comércio internacional de normas uniformes aplicáveis aos vários aspectos da relação contratual, tais como a formação, validade, interpretação, execução (e inexecução) dos contratos, compensação, a cessão de créditos, dívidas e contratos, e os prazos de prescrição. Essas normas possuem flexibilidade suficiente para servir aos contratantes em vários contextos, ajudando-os a superar as desconfiâncias que existem face ao desconhecimento do ordenamento jurídico da parte contrária no negócio. Estes princípios já obtiveram aceitação por um expressivo número de autoridades doutrinárias, legislativas, judiciárias e arbitrais, sendo que sua integração ao direito do comércio internacional continua a se fazer de maneira crescente e consistente. Pode-se afirmar, inclusive, que constituem princípios gerais do direito contratual, e, eventualmente, serem considerados como fonte formal do direito e elemento integrante da *lex mercatoria*. (LEITE, 2008)

Por fim, com relação à Convenção Interamericana sobre o Direito Aplicável aos Contratos Internacionais (CIDIP V, México 1994), o grande avanço dessa convenção foi a possibilidade de se escolher para reger um contrato um outro direito estatal diverso daqueles ao qual as partes estariam vinculadas. (MARTINS, 2009)

Verifica-se que nesta convenção por vezes aparece o conceito da *lex mercatoria*⁵⁰, podendo se entender que se trata de uma aceitação convencional de uma normatividade material, no sentido atualmente aceito pelo Direito Internacional Privado, o que tem incentivado a diversos comentaristas a incluírem a *lex mercatoria* como fonte jurídica, sendo esse um dos maiores avanços obtidos por esta. (STRENGER, 1986)

4.2.3 Elementos dos contratos internacionais

As regras mais comuns para identificar o que sejam os contratos internacionais em contraposição aos “nacionais” relacionam-se com o domicílio das partes em diferentes Estados, além de refletir o fluxo de serviços, tecnologias ou valores entre Estados e pessoas em diferentes territórios. (ARROYO, 1997)

⁵⁰ A *lex mercatoria* foi um sistema jurídico desenvolvido pelos comerciantes da Europa medieval e que se aplicou aos negociantes e marinheiros de todos os países do mundo até o século XVII. Não era imposta por uma autoridade central, mas evoluiu a partir do uso e do costume, à medida que os próprios mercadores criavam princípios e regras para regular suas transações. Este conjunto de regras era comum aos comerciantes europeus, com algumas diferenças locais. entende-se que a *Lex mercatoria* pode ser definida como sendo um corpo de normas aberto, como todo sistema que busca a regulação das relações comerciais internacionais, caracterizando-se pelo seu poder normativo independente das emanações legislativas estatais, visando à solução dos litígios com base na aplicação das práticas comerciais correntes - usos e costumes. A idéia de se adotar a *lex mercatoria* como direito aplicável à regulamentação do contrato internacional encontra inúmeras barreiras, como a ofensa à ordem pública dos Estados envolvidos na relação. Aceitar que um direito, se é que assim podemos chamá-la, advindo da comunidade dos comerciantes, seja chamado para reger um negócio jurídico, seria considerado contrário aos princípios essenciais do Estado, ferindo a ordem jurídica vigente. A *lex mercatoria* pode ser aceita nas decisões arbitrais, mas tais decisões encontrariam problemas quando necessitassem ser homologadas para então produzirem efeitos jurídicos num determinado Estado. A *lex mercatoria* seria, portanto, um novo direito anacional, que emergiu da comunidade dos comerciantes internacionais, formada por usos e costumes internacionais, jurisprudência arbitral e contratos tipo. A *lex mercatoria* encontra como fonte a comunidade internacional de comércio, sendo uma ordem jurídica singular, autônoma e aplicável especificamente nos negócios e transações internacionais. (STRENGER, 1986)

Na 5ª Conferência Especializada Interamericana sobre Direito Internacional Privado, da Organization of American States (OAS), realizada nos dias 14 e 19 de março de 1994 no México, foi aprovada (inclusive pelo Brasil) a “Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts”, definindo em seu art. 1º que: “Deve ser entendido que o contrato é internacional, se as mesmas partes têm a sua residência habitual ou estabelecimento em diferentes Estados Partes, ou se o contrato tem vinculação objetiva com mais de um Estado-Parte.”⁵¹

Nestes termos, o contrato internacional pode ser entendido como um instrumento especializado do direito internacional que busca regular uma relação jurídica envolvendo duas partes, sendo que este objeto detém um ou mais elementos de estraneidade e possui vínculos com um ou mais sistemas jurídicos distintos.

Os elementos de estraneidade, ou seja, as características que ligam um contrato a mais sistemas jurídicos, determinando a sua internacionalidade são: domicílio, nacionalidade, *lex voluntatis*, localização da sede, centro das principais atividades, foro, etc. (MARQUES DOS SANTOS, 1991)

Assim, assinala-se que tais pactos são considerados instrumentos de ação do Comércio Internacional, podendo ser estudados de acordo com um critério jurídico (fatores que conectam o contrato a mais de um ordenamento jurídico) ou econômico (fluxo de valores e bens entre dois sistemas). (AMORIN, 2003)

4.2.4 Formação dos contratos internacionais

A formação dos contratos internacionais é um ponto relevante e presente na maior parte da doutrina sobre este instituto, pois a má redação de tópicos importantes no momento de sua constituição pode causar sérios problemas na fase de execução do contrato. Em se tratando de financiamento de projeto, que se utiliza de complexas cláusulas determinando obrigações duradouras, o estudo desse assunto é inadiável.

⁵¹ ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. *Inter-American Convention on the Law applicable to International Contracts*. (Tradução nossa). Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/English/Treaties/b-56.html>>. Acesso em: 20/11/2011.

Aliás, assevera-se que esse ponto confunde-se com a própria justificativa do presente trabalho.

No Direito Internacional, tradicionalmente, a autonomia da vontade é o princípio que deve reger as obrigações, impondo em todos os casos, o ajuste entre as partes para a escolha da lei reguladora dos contratos. (ARÁUJO, 2009)

Todavia, verifica-se que o ordenamento jurídico pátrio optou por estabelecer restrições materiais à liberdade de escolha das partes pela lei de regência do contrato formalmente constituído em território nacional. Assim sendo, a relação entre a lei de regência e o contrato tem como elemento de conexão o local de domicílio das partes, ou do proponente do contrato, do país em que o mesmo será executado. (BAPTISTA, RODAS e SOARES, 2000)

Mesmo assim, esse princípio apresenta conotação de norma supletiva, ao passo que prevalece sobre ele a autonomia da vontade das partes em contratar e, por esta razão, é evidentemente que essa regra não se aplica aos casos em que os partícipes de um financiamento de projeto optem pela formalização do contrato em outro Estado cuja legislação permita a escolha da lei de regência, o que representaria uma forma simples de evasão legal⁵².

Caso, porém, as partes nada deliberarem sob a lei de regência do contrato, este, se firmado por parte domiciliada em território nacional, estará sujeito às normas de qualificação contidas na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro⁵³, no art. 9º, parágrafo 2º, podendo, então, vir a ser de relevante importância a análise dos documentos pré-contratuais (proposta ou policação, fax, cartas de intenção, etc.). (BATALHA, 1961)

Diante desse quadro, observa-se que no Brasil existem dois elementos distintos responsáveis por regular os aspectos intrínsecos das obrigações, sendo válido entre os presentes o local onde se constituiu a obrigação e, nas situações em que as manifestações se derem por pessoas efetivamente ausentes, será a residência da parte que emitiu a proposta.

⁵² Ver ponto 4.4.1.

⁵³ BRASIL, Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942, *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*. Diário Oficial [da] República dos Estados Unidos do Brasil, Rio de Janeiro, 9 de setembro de 1942. Sobre o método de aplicação da atual LNDB, ver ponto 4.3.

Nos contratos internacionais, mais do que em outros, é frequente a existência de uma fase de negociações preliminares em que serão sedimentadas as bases do futuro acordo. Surge então a esfera das chamadas responsabilidades pré-contratuais. Neste caso, o contrato normalmente se forma através de atos que representam a oferta, ou policitação e a aceitação. (MARTINS-COSTA, 2006)

De qualquer sorte, no processo preliminar de formação do contrato, podem também surgir circunstâncias que, posteriormente, fundamentem pedidos de reparação ou indenização. Comumente, a fim de se preparar⁵⁴ para executar o contrato, a parte chega a mobilizar desde logo recursos, pessoal, adquire imóveis e equipamentos e os movimenta, ou pratica outros atos que, caso se frustrate a possibilidade de materialização do acordo por culpa da outra parte, que ocultou ou falseou dados ou criou falsas expectativas, podem ser passíveis de indenização. (RIBEIRO, 2007)

Na formação dos contratos internacionais é vital o conhecimento da estrutura do contrato, a língua estrangeira em que se processa a negociação, assim como o sistema jurídico da contraparte.

A redação da cláusula de eleição de foro é outro elemento importante, pois se deve estar atento a mais de um ordenamento jurídico, diferente do que ocorre no direito interno. Aquele que elabora o contrato deve dedicar atenção especial à verificação de quais as regras de competência internacional que regem a situação e a seguir determinar a norma de conflito aplicável pelo juiz competente em cada hipótese, para então indicar o direito material aplicável. (DOLINGER, 2003)

A livre vontade das partes quando da contratação é outro elemento essencial para a validade dos instrumentos negociais, pois os contratantes devem se integrar e se manifestar neste sentido, mesmo que defendam interesses opostos. Além disso, esse elemento é visto como importante na medida em que se confere a vontade individual à faculdade de escolher, de forma expressa ou tácita, a lei competente em determinados assuntos.

Por outro lado, os artigos 7º e 8º da “Inter-American Convention on the Law applicable to International Contracts”, mencionada acima, assim dispuseram:

⁵⁴ Ocorre, portanto, a formação do contrato internacional quando há a conjugação de atos que buscam o consenso entre as partes e que desfrutam de validade para identificar e externar as vontades manifestadas. (COUTO E SILVA, 2007)

Art. 7º. O contrato rege-se pelo direito escolhido pelas partes. O acordo das partes sobre esta escolha deve ser expresso ou, em caso de inexistência de acordo expresso, depreender-se, de forma evidente, da conduta das partes e das cláusulas contratuais consideradas em seu conjunto. Esta escolha poderá referir-se à totalidade do contrato ou uma parte do mesmo. A eleição de determinado foro pelas partes não implica necessariamente a escolha do direito aplicável.

Art. 8º. As partes poderão, a qualquer momento, acordar que contrato seja total ou parcialmente submetido a um direito distinto daquele pelo qual se regia anteriormente, tenha este sido ou não escolhido pelas partes. Não obstante, tal modificação não afetará a validade formal do contrato original nem os direitos de terceiros.

Tão logo esta Convenção, que foi firmada pelo Brasil, seja ratificada internamente, será modificado o critério restritivo previsto no art. 9º da LNDB⁵⁵.

A negociação prévia ao fechamento dos contratos também se apresenta como um ato de extrema relevância, pois, nesta fase as partes irão analisar as vantagens e desvantagens do negócio a ser realizado, com o conhecimento pleno de seu conteúdo e divisão equilibrada dos direitos e obrigações dele decorrentes. (BETTI, 2003)

O processo de negociação é, portanto, de grande relevância na formação dos contratos internacionais, mas, não podemos nos esquecer dos demais pontos aqui tratados referentes à sua geração, pois uma vez esquecidos, poderão prejudicar a estrutura jurídica do instituto contratual.

4.2.5 Jurisprudência brasileira sobre contratos internacionais

Em âmbito judicial, a despeito da movimentação internacional, a jurisprudência brasileira segue um posicionamento mais conservador nas raras oportunidades que se manifestou sobre o assunto, aplicando a legislação vigente.

Há verdadeira escassez de julgados sobre a matéria, dificultando uma análise sobre a questão, não sendo possível afirmar qual seria a posição hodiernamente, caso fosse submetido ao STF um litígio envolvendo esta matéria, existindo apenas julgados antigos, que de certo modo acabam por servir de norte para os magistrados.

⁵⁵ Ver item 4.4 sobre a tramitação do Projeto de Lei nº 1.782/2011.

No STF, destaca-se o acórdão proferido no julgamento do RE nº 93.131/MG, de em 17/12/81, cuja ementa pode ser conferida no Anexo C do presente trabalho, onde foi relator o Ministro Moreira Alves. Com muitas citações doutrinárias e possuindo uma análise minuciosa sobre o caso concreto levado à instância extraordinária, o acórdão deixa claro que o STF não reconhece o princípio da autonomia da vontade na escolha do direito material aplicável.

Mesmo que nem todos os Ministros tenham se manifestado expressamente sobre a matéria, aqueles que o fizeram, entre eles o eminente relator, afastaram por completo o princípio da autonomia da vontade na escolha do direito material.

Porém, como já dito, não obstante se tratar de acórdão proferido há mais de 20 anos e diante do fato de não haver outros julgados que tenham enfrentado a matéria recentemente, este ainda serve de paradigma acerca do posicionamento do Judiciário brasileiro⁵⁶.

O Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 251.438/RJ, cuja ementa pode ser conferida também em anexo, enfrentou caso interessante de se citar a respeito da escolha do foro pelas partes.

No recurso, as recorrentes eram duas seguradoras dos Estados Unidos que haviam emitido um “*performance bond*” (contrato de seguro de garantia de execução), afirmando que este era um contrato autônomo em relação ao garantido, prevalecendo a sua eleição de foro.

O acórdão recorrido havia sido proferido no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, decidindo no sentido de que

o ‘*performance bond*’ é dependente do contrato de construção nele integrando-se como um pacto acessório”. Afirmou também que “o ato não é apenas aquele praticado no Brasil, mas também aquele destinado a aqui produzir eficácia” e que “qualquer convenção entre as partes não tem força para obstaculizar o ingresso nos tribunais brasileiros pelos interessados

⁵⁶ Entretanto, com a publicação da CIDIP-V, com uma interpretação sistemática ou até mesmo política, é possível que a mais alta corte brasileira possa alterar o seu posicionamento, passando a aceitar o princípio da autonomia da vontade na escolha do direito material.

Ao decidir, o STJ firmou entendimento que, uma vez que a obrigação principal deveria ser cumprida em nosso território, nos termos do art. 88, II, CPC⁵⁷, haveria competência internacional concorrente da autoridade judiciária brasileira, que não é suscetível de ser arredada pela vontade das partes, pois é “indiferente que se tenha ajuizado ação em país estrangeiro, que seja idêntica a outra que aqui tramite”, pois haveria incidência do art. 90 do CPC⁵⁸.

Deste modo, percebe-se que a cláusula eletiva de foro, na hipótese de competência concorrente é válida, porém, segundo a jurisprudência pátria, ela é ineficaz, pois não consegue afastar a jurisdição brasileira, não a impedindo de apreciar a matéria.

Assim, qualquer contrato firmado com uma empresa brasileira, que se enquadre nas hipóteses elencadas no art. 88 do CPC, terá a justiça brasileira com competência concorrente para dirimir seus litígios.

4.2.6 Tipos de contratos genéricos aplicados no financiamento de projeto

Na medida em que se visitou o panorama do contratos internacionais, evidenciam-se os tipos de contratos do financiamento de projeto, com partes internacionais, geralmente verificados na prática.

Salienta-se que é por meio das obrigações contratuais que se fornece a garantia necessária para que o projeto honre sua dívida. Contudo, dimensionar/negociar corretamente esse arranjo de garantia leva-se muito tempo devido à complexidade.

⁵⁷ Art. 88. É competente a autoridade brasileira quando: I – o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil; II – no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação; III – a ação se originar de fato ocorrido ou de ato praticado no Brasil. Parágrafo único. Para o fim do disposto no nº I, reputa-se domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que aqui tiver agência, filial ou sucursal.

⁵⁸ Art. 90 CPC

Talvez seja o maior custo⁵⁹ relativo na negociação de um *project finance*. Logo, elencam-se a seguir os principais contratos existentes na estrutura de um financiamento de projeto (FINNERTY, 1999), seguidos, cada um, de um breve explicativo:

- (i) Contrato de Empréstimo de capital: Neste contrato constará o total de empréstimo de capital concedido para a execução do projeto.
- (ii) Contrato de Engenharia e Construção: Será firmado um contrato de EPC para a construção do projeto, esse tipo de contrato foi escolhido porque é um instrumento essencial para a mitigação dos riscos inerentes a qualquer projeto, assim como a correta alocação e distribuição dos mesmos entre os diferentes participantes do projeto. Por conseguinte, a celebração de um bom contrato de EPC dependerá, mais do que da capacitação e experiência profissional, mas da reunião dessas aptidões em um esforço conjunto em favor da correta e mais benéfica alocação dos riscos e custos do projeto de acordo com o interesse dos participantes.
- (iii) Contrato de Compra de energia: Este contrato tem por objeto estabelecer os termos e condições que irão regular a comercialização da energia elétrica contratada entre as Partes.
- (iv) Contrato de Participação: Neste contrato será especificadas a porcentagem de capital próprio (equity) e a porcentagem de capital financiado através de um financiamento de longo prazo na modalidade *project finance*.

4.3 A defasagem do direito internacional privado brasileiro dos contratos

⁵⁹ No intuito de minimizar estes custos, é comum a opção para ser o *arranger* do empreendimento algum banco comercial participante do empreendimento, sendo responsável por toda documentação e pela coordenação do fluxo de caixa do projeto. administrando uma conta para entrada e saída de capital e responsabilizando-se pelos pagamentos a serem feitos e controlando o recebimento de receitas (*escrow account*). (ENEI, 2007)

Posto que realizado não apenas o assentamento das diretrizes dos contratos internacionais, como também apresentado o tratamento preliminar do direito internacional privado brasileiro, passa-se a uma exposição crítica do tema.

O Brasil ainda mantém uma legislação interna que não se adapta aos seus propósitos de inserir-se ativamente no comércio internacional, o que, inclusive, vai contra a tendência de globalização de mercados. Sobre esse cenário global, Nádya de Araújo salienta que:

No final do século XX e início deste século, com a transformação do mercado nacional, que deixa de ser isolado e torna-se interdependente, surge um mercado global e surgem também as megaempresas conhecidas como multinacionais ou transnacionais, que se transformaram em importantes atrizes do cenário econômico global. A globalização pode ser caracterizada como um processo em que capitais e tecnologia privados, cujos titulares são grandes corporações empresariais transnacionais, circulam em todo o globo, independente das fronteiras nacionais. (ARAÚJO, 2003)

Ora, é necessário que um país que deseja participar ativamente nesse cenário mundial global possua uma legislação moderna capaz de solucionar eficazmente, de forma célere e ágil, os conflitos porventura surgidos entre empresas multinacionais que buscaram direcionar seus investimentos aqui (capitais e tecnologias), e empresas brasileiras, decorrentes de contratos firmados em nosso país. (MOROSINI, 2008)

Tal legislação deve estimular o comércio internacional de forma segura, sem impor barreiras protecionistas, tais como a aplicação impositiva e a todo custo de sua legislação, sempre que possível.

Pelo contrário, deve possibilitar às partes a escolha da legislação mais adequada e moderna a ser aplicada ao contrato. A particularidade do Direito Internacional Privado está no fato de ser um “direito do direito”, um sobredireito que regula os negócios das pessoas privadas que atuam na esfera internacional. (AMORIN, 2003)

É necessário, dessa forma, que todos os ordenamentos jurídicos possuam regras que determinem as normas a serem aplicadas nas situações conectadas a mais de um sistema jurídico (as chamadas regras de conexão ou conflituais).

Essas regras regulam as situações em que as relações jurídicas extrapolem as fronteiras de um determinado Estado, e que geram o chamado conflito de leis no espaço, solucionado pelo Direito Internacional Privado. (MARTINS, 2009)

4.3.1 Atual método da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro

O método conflitual é o utilizado pelo Direito Internacional Privado dos países da Europa e da América Latina. Consiste na designação da lei aplicável através da utilização da norma indireta (regras conflituais), não se traduzindo tais normas no direito material a ser aplicado para a lide causada pelo descumprimento de alguma cláusula contratual, mas apenas indicando qual o ordenamento jurídico de direito material a ser aplicado. (CASTRO, 2001)

Atualmente, o artigo 9º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro disciplina a forma de se resolver os conflitos de leis aplicáveis nas relações multiconectadas, o qual assim preceitua:

Art. 9º Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.

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

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

Verifica-se no dispositivo em epígrafe que o ordenamento brasileiro não possibilita a aplicação do princípio da autonomia da vontade⁶⁰ nos contratos internacionais realizados com o Brasil.

Este princípio dá às partes a possibilidade de escolher livremente, mediante acordo de vontades, a disciplina de seus interesses da maneira que lhes convier, principalmente com relação à escolha da legislação aplicável ao contrato, suscitando efeitos que serão tutelados pela ordem jurídica.

Todavia, no atual sistema brasileiro de resolução de conflitos de lei no espaço (Direito Internacional Privado), se aplica ao contrato a lei do local de celebração do contrato. Nesse sentido, Florisbal Del'Olmo afirma que

*A lex loci actus ou o ius loci contractus regula, portanto, a obrigação, mesmo se for condicional, quanto à forma externa ou extrínseca, que se sujeitará, então, às normas do país em que se constituir, pouco importando o local em que se verificar a condição. Assim sendo, o ato constituído no exterior terá eficácia no Brasil, se for atendida a forma do lugar de sua celebração. Não há como contestar que a forma dos atos e negócios jurídicos regula-se pela lei do lugar em que são praticados. Aplica-se, portanto, a lei do local de constituição do ato negocial, que confere *ius ad rem*, ou seja, direito pessoal que outorga um bem a uma pessoa, sempre, no que for atinente à questão da forma extrínseca. (DEL'OLMO, 2010)*

Todavia, nos tempos atuais, a discussão sobre a legitimação da autonomia da vontade teria perdido seu atrativo em razão de que as convenções internacionais permitiram expressamente às partes signatárias essa faculdade para a escolha da lei contratual.

Esses diplomas internacionais têm determinado paulatina modificação da legislação interna da maioria dos países, permitindo-se expressamente a autonomia., concluindo sua pesquisa a respeito da possibilidade da aplicação do princípio na jurisprudência brasileira, afirma que

⁶⁰ A questão da autonomia da vontade foi enfrentada de diversas formas ao longo de sua existência, tendo sido inicialmente considerada como um problema da teoria geral do direito. (Pommier, 1992 apud ARAÚJO, 2009), afirma que hoje há duas posições sobre o lugar reservado às partes na escolha da lei aplicável ao contrato: a) os partidários da tese subjetivista, que defendem que a vontade tem por finalidade descartar certas posições imperativas da lei que normalmente seria aplicável; b) os partidários da tese objetivista, que defendem que a vontade exerceria uma função de conexão, constituindo, na realidade, um indício de localização da lei que teria sido eleita pelas partes para reger o contrato.

Parece-nos que da análise dos julgados encontrados, apesar da ocorrência de modificações na Lei de Introdução, com relação às regras de 1916, os tribunais continuaram tratando da matéria exatamente como antes de 1942. Apesar da regra geral brasileira ser a *lex loci contractus*, ou seja, a do local da constituição do contrato, a regra relativa à execução tem tido preponderância em nossa jurisprudência, a partir da interpretação de que à lei do local da constituição somam-se as exigências da lei de sua execução. E como efetivamente é mais comum ocorrerem litígios no local de sua execução, por ser este quase sempre o lugar onde o devedor tem seu domicílio, bens e estabelecimento comercial, podendo mais facilmente honrar seus compromissos, a lei brasileira é sempre invariavelmente a lei aplicável. (ARÁUJO, 2009)

Não obstante a impossibilidade de aplicação do princípio da autonomia da vontade nos contratos firmados com empresas brasileiras, nem por isso os contratos celebrados aqui no Brasil deixam de aplicá-lo. Neste sentido, Tarcísio Leite afirma que

Deixando um pouco a teoria de lado e partindo para a prática, há que se frisar que é extremamente comum no dia-a-dia dos agentes do comércio internacional, inclusive os brasileiros, a submissão de seus contratos à lei estrangeira, independente do contrato em questão conter ou não cláusula arbitral, passando tais agentes ao largo das discussões teóricas acima aventadas. (LEITE, 2008)

Todavia, diante do posicionamento atual da jurisprudência brasileira, é importante se ressaltar que aos contratos aqui firmados não poderão ser aplicados o princípio da autonomia da vontade, valendo as regras atuais de Direito Internacional Privado estabelecidas no Artigo 9º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, ainda vigente. (ARÁUJO, 2009)

Uma das discussões mais corriqueiras na atualidade é a questão da incorporação do princípio da autonomia da vontade nos contratos internacionais, permitindo que as partes escolham a lei que regerá a avença, independente de elementos de conexão. Todavia, a eleição do foro nos contratos internacionais não se confunde com essa questão, embora seja tendencioso se aplicar a lei do foro na resolução dos conflitos nessas situações. (ARAÚJO, 2003)

Neste diapasão, percebe-se claramente que, embora haja muita confusão a respeito, a possibilidade de se determinar a competência judiciária⁶¹ nos contratos internacionais não se identifica com a questão da lei aplicável. Conforme preleciona Nádía de Araújo,

A escolha do foro para dirimir as questões de contrato internacional diz com antecipar o problema de fixar o órgão jurisdicional mediador das partes em eventual disputa, e não com as normas de Direito disciplinadoras do conteúdo material da relação jurídica. O tema, pois é de competência, matéria de Direito Processual, mais especificamente de Direito Processual Internacional. Discute-se nesse campo sobre os modos de fixação da competência internacional dos juízes, sem observar qual lei seja aplicável, ainda que por escolha das partes envolvidas.(...) A questão tem fundo, portanto, no exercício jurisdicional de um Estado soberano, que se arroga o monopólio jurisdicional, em confronto com a vontade das partes contratantes de submeterem-se a outra jurisdição compatível com a primeira. Ou seja: as partes olvidam o foro decorrente das normas propostas em abstrato pelo legislador de um dos Estados a que está conectado o contrato, em favor de outro de sua escolha, sem que disso resulte ofensa a qualquer dos ordenamentos jurídicos. (ARÁUJO, 2009)

Todavia, na sua implementação pode ocorrer algumas dificuldades, pois o problema somente surge quando as partes elegem um foro estrangeiro e a justiça brasileira for competente (concorrentemente), de acordo com as hipóteses ventiladas no artigo 88⁶², CPC.

Por fim, em razão das diversas posições tomadas pelos tribunais brasileiros, Nádía de Araújo afirma que “Se a ação for proposta no Brasil, e a parte ré opor uma exceção de competência, por força da cláusula de eleição de foro, o julgamento poderá ter desfecho imprevisível (ARÁUJO, 2009)”. Encerra dizendo que

Em sendo competente o juízo brasileiro, ainda que a cláusula pactuada remetesse a causa a um juízo alienígena, se a mesma for proposta no Brasil, é provável que o juiz brasileiro se julgue competente. Todavia, esse entendimento não é pacífico.

⁶¹ Percebe-se que a questão de eleição de foro é de competência judiciária e pode ser convencionada livremente pelas partes para a solução de eventuais conflitos decorrentes de contratos, sendo pacífica sua aceitação (diferentemente das hipóteses do art. 89, CPC, onde a competência é exclusiva, impossibilitando a eleição do foro).

⁶² Ver nota 56.

4.3.2 A renovação do DIPr ensejada pela arbitragem comercial

Partindo-se da ideia de que a regulamentação do direito internacional privado está defasada, sobretudo no seu alcance obrigacional, em função da rigidez dos elementos de conexão ofertados às partes, de tal sorte que exclui a taonomia da vontade das transações comerciais celebradas no Brasil. Na prática, tal cenário configura um óbice (MARQUES, 2001) às partes, que temem resultados em seu desfavor na hipótese de disputa, por desiderato da indicação do direito aplicável pela LINDB.

Entretanto, como alternativa ao sistema ordinário das regras de conflito por excelência, que impedem a escolha do direito aplicável, vislumbra-se a arbitragem comercial, entendida pelo postulado de seu viés contratual no comércio internacional. (MOROSINI, 2008)

Por desiderato, em comunhão à tese subjacente da arbitragem legitimada como contrato, assinala-se a inflexão de renovação (MOROSINI, 2008) do direito internacional privado brasileiro dos contratos por força da superação, pela arbitragem comercial, das limitações impostas a partir da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro.

O comércio internacional vem, ao longo dos anos, buscando e aperfeiçoando fórmulas alternativas, confiáveis e rápidas, para a solução dos conflitos contratuais, e assim escaparem das conturbadas estruturas judiciárias dos Estados.

Por esta razão, nos contratos internacionais, é comum prever-se a solução extrajudicial de disputas mediante métodos de mediação, conciliação ou arbitragem. (AMARAL, 2004)

A “mediação” consiste na intervenção de um terceiro, “o mediador”, que aproxima as partes com vistas a uma solução consensual para a controvérsia, ao passo que a “conciliação”, representa um estágio além da mediação, pois, age com vistas a estimular as partes em direção à obtenção do acordo. Estes métodos, muitas vezes, antecedem a arbitragem na cláusula contratual de solução de conflitos. (ALMEIDA, 2002)

A “arbitragem”, por sua vez, é adotada em contratos internacionais, através da inserção nos pactos da chamada “cláusula compromissória”, em que as partes ajustam a solução por arbitragem de suas controvérsias contratuais futuras, através de decisão tomada por um número ímpar de árbitros privados, nomeados pelos litigantes, chamando-se de “compromisso arbitral”⁶³ o ajuste entre estes, prevendo o detalhamento do procedimento arbitral após o surgimento da questão. (ALMEIDA, 2002)

As vantagens básicas na aplicação da arbitragem como método de resolução de conflitos internacionais em matéria contratual: a) evitar o congestionamento crônico dos judiciários estatais, proporcionando, somente por esta razão, maior celeridade na solução do caso; b) evitar o intrincado e ramificado quadro dos recursos judiciais, com o mesmo efeito de celeridade; c) permitir que o caso seja decidido sob sigilo, o que não ocorre nas jurisdições estatais; e, sobretudo, na área internacional; d) permitir muitas vezes um julgamento por especialistas em questões técnicas ou mais específicas; e) permitir que a questão seja julgada por normas genéricas, princípios gerais do comércio internacional, normas gerais de direito, por equidade, ou mesmo pela legislação do país que venha a ser escolhido pelas partes; f) permitir que o julgamento ocorra em um país neutro, evitando, assim, os preconceitos e eventuais restrições encontráveis no país de uma das partes. (AMARAL, 2004)

Nos países desenvolvidos, estima-se que 80% dos conflitos contratuais, especialmente na área internacional, encontram solução extrajudicial através do método arbitral (LEITE, 2008). Entretanto, no Brasil, além da arbitragem em seus modernos contornos ser uma novidade, existe uma franca antipatia de vários segmentos da sociedade para a sua adoção, ainda que no caso do financiamento de projeto o quadro seja exatamente o oposto.

Nesse diapasão, uma vez que há verdadeira instabilidade com relação à aplicação do princípio da autonomia da vontade e atenta à importância da questão, a Lei nº 9.307/1996, que dispõe sobre a arbitragem no Brasil.

⁶³ A cláusula compromissória, embora preliminar ao conflito, pode não só representar o compromisso de utilizar a solução arbitral, mas também, detalhar a fórmula pela qual a arbitragem será realizada. (ARROYO, 1997)

Esse diploma legal diante de uma relação à LINDB, determinando de forma expressa no art. 2º, § 2º, que as partes poderão escolher livremente as regras de direito a serem aplicadas na arbitragem. Neste sentido, Nádia de Araújo leciona que

A Lei 9.307/96 prestigiou, ainda, a autonomia da vontade das partes, de tal sorte que aos contratantes foi conferida ampla liberdade de escolha das normas aplicáveis, tanto ao procedimento, como ao fundo da causa, inclusive a eleição dirigida aos usos e costumes do comércio internacional. Em síntese, procurou modernizar o instituto da arbitragem, conciliando a reticência historicamente verificada contra a arbitragem no Brasil com a utilização de mecanismos eficazes de preservação e garantia do procedimento. (ARAÚJO, 2009)

Desta forma, caso as partes contratantes estejam vinculadas por uma convenção de arbitragem, é aceitável a escolha do direito material que será aplicado. É preciso se esclarecer que a lei de arbitragem brasileira não trouxe novidade ao ordenamento jurídico brasileiro, mas somente resgatou o posicionamento que a Lei de Introdução ao Código Civil de 1916 já havia sustentado, e que fora revogado pela entrada em vigência da atual LICC. (LEITE, 2008)

Por seu turno, a despeito de da possibilidade de previsão da cláusula compromissória, hipótese que se apresenta como alternativa prática à problemática do método de direito material aplicável, insurge um novo panorama legal a fim de regular a matéria.

4.4. O retorno da autonomia da vontade na LINDB: o projeto de lei n.º 1782/2011

O conceito de vontade⁶⁴ foi criado à partir da idéia de livre arbítrio, que, debaixo do clima liberalista econômico e da Filosofia Kantiana, especialmente para Savigny e Windscheid, deveria ser considerado como um direito subjetivo. (STRENGER, 1986)

⁶⁴ Assim, cada relação de direito é uma relação de pessoas determinada por uma regra de direito, e, uma vez determinada essa regra, cada indivíduo possui uma esfera de liberdade onde sua vontade predomina independente da vontade de outrem.

Com essas considerações, poderia se afirmar que o princípio da autonomia da vontade é a possibilidade das partes de estipular livremente, por acordo de vontades e da maneira que lhes convir, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica. O princípio envolve, a liberdade de criação do contrato, de contratar ou não contratar, de escolher o outro contraente e de fixar o conteúdo do contrato, sendo esta liberdade apenas limitada pelas normas de ordem pública e pelos bons costumes. (ARAÚJO, 2003)

Mas no direito internacional privado, como visto acima, o princípio da autonomia da vontade tem menor amplitude, sendo que as partes terão liberdade de exercer sua vontade apenas com relação à escolha da legislação à qual desejam submeter sua convenção, sob reserva de respeitarem a ordem pública.

Tal princípio, assim, significa que as próprias partes podem escolher o direito (material) aplicável, existindo como elemento de conexão a própria vontade manifestada pelas partes, vinculada a um negócio jurídico de direito privado com conexão internacional, afastando a vontade do legislador representada nas regras conflituais. (ARAÚJO, 2003)

Esse princípio recebeu muita atenção na Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais, aprovada na CIDIP-V, organizada pela OEA e que ocorreu entre os dias 14 e 18 de março de 1994. Já em seu projeto, a Comissão Jurídica Interamericana afirmou que

...não obstante as recentes tendências de abertura da economia, integração econômica e uma maior interdependência comercial, a maioria das legislações internas havia permanecido estática no que concernia à regulação dos contratos internacionais. Podia se observar, ainda, que a maioria dos países latino-americanos conservara as regras de conflito da época dos Tratados de Montevideu e de Bustamante. (BAPTISTA, RODAS e SOARES, 2000)

Assim, muitos países, entre eles o Brasil, não atualizaram sua legislação relativa às regras conflituais, em evidente atraso face às tendências que foram reconhecidas pelos Estados Unidos, Canadá, pela Comunidade Européia e nos foros internacionais (UNCITRAL e o UNIDROIT).

O projeto da convenção da CIDIP V era favorável pela adoção do princípio da autonomia da vontade como fator principal de determinação da lei aplicável ao contrato internacional e, na sua ausência, o critério dos vínculos mais estreitos, com a teoria da prestação característica (art. 8º).

Assim, pela Convenção é admitido o princípio da autonomia da vontade das partes para a escolha do direito material aplicável a um contrato internacional, podendo esta escolha ser expressa ou tácita. (ARÁUJO, 2009)

Importante inovação foi implementada pela CIDIP-V, ao permitir ao juiz a aplicação das regras da (ARÁUJO, 2009) ao contrato internacional, independente do direito material aplicável ao contrato.

Porém, tal possibilidade não é ponto pacífico, pois para alguns doutrinadores a questão da expressão *loi* na versão francesa (de forma contrária às versões em português e espanhol, respectivamente *derecho* e *derecho*), indicaria ser a lei aplicável aquela que faz parte de um sistema jurídico não alcançando a *lex mercatoria*⁶⁵ e os princípios do UNIDROIT, que seriam inadequados para tratarem todos os aspectos de um contrato (ARROYO, 1997). Entretanto, Nádia de Araújo afirma que

... o fato de as regras do UNIDROIT não poderem ser consideradas como o conjunto aplicável como a lei do contrato não exclui sua utilização, em face do que prescreve a convenção no seu artigo 10, quando agrega a lei aplicável de um determinado direito às normas, costumes e princípios do direito comercial internacional, nos casos pertinentes. O que a nosso ver não é possível é a utilização dos Princípios como única fonte legislativa a regular um contrato internacional. (ARÁUJO, 2009)

⁶⁵ Assim, a *lex mercatoria* e os princípios do UNIDROIT não poderiam de forma isolada ser a lei material aplicável ao contrato internacional, mas atuariam de forma supletiva à esta, pois traduzem os usos e costumes correntes na prática do comércio internacional, satisfazendo às necessidades deste. Não obstante a importância da convenção, os países do MERCOSUL não adotaram a CIDIP V até o presente momento.

Outro ponto importante abordado na convenção foi o de que, tendo em vista que o contrato internacional envolve uma situação jurídica complexa, que compreende vários aspectos que não podem ser tratados conjuntamente, a escolha da lei aplicável ao contrato tratará apenas no que diz respeito à sua substância e efeitos. (MARQUES, 2001) Trata-se do *dépeçage*, que significa o fracionamento pelo qual um contrato ou uma instituição é dividida em diferentes partes, que serão, cada uma delas, submetidas a leis diferentes. (CASTRO, 2001)

Pode ocorrer em dois pontos: pelo próprio sistema de direito internacional privado, onde a substância do contrato pode ser regulada por uma lei, enquanto, por exemplo, a capacidade das partes ou a forma e execução poderá ser regida por outra lei; ou pela própria autonomia da vontade das partes, que têm a possibilidade de determinar mais de uma lei aplicável ao contrato.

Nesse sentido, há um desdobramento da noção da autonomia da vontade, pois além de escolher a lei para contrato, poderão ainda fazer mais de uma escolha, em face da complexidade de um determinado contrato multiconectado⁶⁶. (RIBEIRO, 2007)

Trata-se do Projeto de Lei n.º 1.782/2011, em tramitação na Câmara de Deputado, em rito ordinário⁶⁷, com o objeto de alteração⁶⁸ da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro⁶⁹.

Vejamos a íntegra da justificativa⁷⁰ do projeto, de autoria do **Deputado Castro de Menezes, do Piauí**:

⁶⁶ Em razão disto, o *dépeçage* ocorre exatamente porque a autonomia da vontade das partes tem suas limitações, não podendo reger todos os aspectos do contrato, sendo necessário que se faça uma decomposição do contrato em seus vários elementos, para aplicar a cada uma de suas partes a lei pertinente.

⁶⁷ O endereço eletrônico para acompanhamento da tramitação do PL n.º 1.782/2011 é <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=511600>, lembrando que em 23 de novembro de 2011 encerrou o prazo para proposição de emendas, sem haver nenhuma modificação no texto original.

⁶⁸ Lembra Nádia de Araújo que paralelamente tramita outro PL, mais amplo, que pretende a inserção de outra Lei de Introdução ao ordenamento nacional. No entanto, verifica-se que o legislador optou por mudanças pontuais para atualização. (ARAÚJO, 2009)

⁶⁹ Modificação do *nomen iuris* LICC introduzida pela lei n.º 10.399/2010.

⁷⁰ **Endereço Eletrônico**

Uma vez que a política brasileira baseia-se no apoio à exportação como uma das formas de desenvolvimento econômico e social, e as empresas que decidem investir no comércio internacional enfrentam cada vez mais uma acirrada competição, é necessária a formação de um contexto em que os negócios aqui realizados ofereçam segurança jurídica às partes envolvidas.

Como base de tais negociações, os contratos internacionais firmados com tais empresas frequentemente estão sujeitos a contatos com ordenamentos jurídicos dos países das partes envolvidas.

A partir do que foi analisado ao longo do trabalho, pode-se visualizar o quanto a arbitragem está influenciando a realidade brasileira em tais negociações, na medida em que as peculiaridades do sistema conflitual existente em nosso ordenamento (art. 9º da LICC/LINDB) não atende às necessidades de tais avenças, pois indica sempre a *lex loci celebrationis* como legislação à ser aplicada. Tal posição vai contra a tendência verificada nas convenções internacionais, que tem privilegiado o princípio da autonomia da vontade na escolha da legislação aplicável.

Mantendo essa tendência, a Convenção do México criou um modelo de solução de conflitos de leis no espaço oriundos de contratos internacionais de comércio que adotou como critério de conexão a autonomia da vontade na escolha da legislação aplicável, diversamente da maneira do regime de DIPr brasileiro.

Além disso, a convenção possui um método subsidiário, no caso de omissão das partes em indicar o direito aplicável, baseado no critério dos “vínculos mais estreitos”, com critérios múltiplos para definição do direito aplicável à forma contratual, aceitando, ainda, o *dépeçage*, diversamente do ordenamento jurídico brasileiro. Embora o Brasil tenha participado da V Convenção Interamericana sobre Direito Internacional Privado, lamentavelmente não a ratificou até o presente momento.

Mesmo assim, o Brasil deu um importante passo na modernização de sua legislação a fim de se estabelecer a autonomia da vontade mediante a entrada em vigência da Lei 9307/96 (Lei de Arbitragem), que possibilita às partes a decisão de submeter o litígio ao juízo arbitral (mediante a cláusula ou compromisso arbitral), a eleição do árbitro e, principalmente, a determinação do direito a ser utilizado pelo árbitro na decisão do conflito.

Tal legislação caracteriza-se como um ressurgimento da teoria da autonomia da vontade, segundo a qual o elemento volitivo é determinante da formação de acordos e da previsão de seus efeitos. O revigoramento da arbitragem nessa nova lei vem a exemplificar, ao lado do fortalecimento dos contratos, o ressurgimento da autonomia da vontade no âmbito da justiça, resultado de ideias liberais que embasam a atuação política do Estado. Dessa forma, se reconhece por meio da arbitragem a oficialização das ideias liberalistas, que aí mostram sua face jurídica, constituindo verdadeira alternativa para a segurança jurídica nas negociações consubstanciadas nos contratos internacionais que aqui são firmados. (LEITE, 2008)

Embora a legislação brasileira possibilite a aplicação do princípio da autonomia da vontade nos contratos internacionais firmados no Brasil mediante cláusula arbitral, há verdadeiro consenso na doutrina brasileira com relação à adoção de tal princípio no lugar da regra do art. 9º da LICC. (VERÇOSA, 2004)

Mesmo havendo Projeto de Lei que tem como escopo substituir a atual LICC, é ponto pacífico que o ideal seria incorporar na íntegra o texto da Convenção do México (CIDIP V), ratificando-a e substituindo os dispositivos legais brasileiros referentes aos conflitos de leis em matéria contratual.

É justamente nesse contexto que o Projeto de Lei nº 1.782/2011 vem colaborar na evolução normativa da questão da aplicabilidade da autonomia da vontade em nosso ordenamento. Destarte, tal panorama pode em muito contribuir no incremento de investimentos baseados no financiamento de projeto.

5 CONCLUSÃO

Em desfecho, põe-se em pauta a sinergia do processo de evolução do direito internacional privado com a questão da mitigação do risco legal do financiamento de projeto. Isso, a fim de acompanhar o avanço das normas internacionais e da própria lei interna de arbitragem, inclusive com pretensão de incremento desse tipo de investimento no Brasil.

Estudou-se que o contrato internacional é a consequência do intercâmbio entre Estados e pessoas, no sentido amplo, cujas características são diversificadas dos mecanismos conhecidos e, usualmente, utilizados pelos comerciantes. Na verdade, são os elementos de estraneidade (domicílio, nacionalidade, *lex voluntatis*, localização da sede, centro das principais atividades, foro, etc.) que ligam um contrato a mais de um sistema jurídico, determinando a sua internacionalidade.

Portanto, a diferença clássica entre os contratos regidos pelo Código Civil Brasileiro e o contrato internacional é que, neste último, as cláusulas concernentes à conclusão, capacidade das partes e o objeto se relacionam a mais de um sistema jurídico vigente. Ambos os direitos, internacional e nacional, tem campos de atuação distintos, sendo, no entanto, por vezes árduo demarcar quando inicia um e finda o outro.

Diante da formação dos contratos internacionais, suas cláusulas e características peculiares devem ser observadas com especial atenção, pois é de grande relevância uma boa redação de determinados pontos como o preâmbulo, a cláusula de eleição do foro e a escolha do idioma. A negociação de um contrato internacional é muito importante, por dispor da relação jurídica envolvendo mais de um ordenamento e por tratar, muitas vezes, com pessoas de diferentes nacionalidades e culturas.

Nessa seara, os riscos legais do financiamento de projeto surgem quando uma contraparte não possui autoridade legal ou regulatória para se envolver em uma transação. Esse risco pode fazer com que um investidor participe da operação proponha ações judiciais contra uma empresa que tenha sofrido grandes perdas.

Logo, ostensivamente o risco legal está diretamente ligado ao risco de crédito, incluindo o risco de conformidade e o risco de regulamentação.

A estrutura dos órgãos reguladores, entretanto, varia muito de país para país e pode estar sujeita a mudanças e diferenças de interpretação, até mesmo dentro do mesmo país. O risco de regulamentação se manifesta no cumprimento e na interpretação de normas e até mesmo em “persuasão moral”. (BERGAMINI JÚNIOR, 1997)

Dada essa importância da alocação dos riscos no processo de formação dos contratos de *project finance*, a mitigação desses riscos assume papel primordial para o sucesso do empreendimento. Portanto, a mitigação de risco é a redução (ou adequação) do risco a valores aceitáveis, sabendo-se que aquilo que se deseja evitar não é necessariamente a ocorrência do fator gerador do risco, mas seu resultado desvantajoso.

No caso de empresas que efetuam gestão de riscos, a mitigação de risco tem um preço que é refletido pela reserva de capital necessário para cobrir o prejuízo, no nível aceitável de probabilidade de ocorrência e devidamente remunerada pela taxa interna de retorno desejada. Este preço é regulado ainda pela competição de mercado na oferta de produtos de mitigação de risco, e afeta o fluxo de caixa do comprador da mitigação do risco.

No financiamento de projeto, os aspectos jurídicos são um dos componentes mais importantes, pela complexidade das obrigações previstas, ganhando importância fundamental a análise de cada um dos contratos e das providências legais para sua eficácia.

No sistema jurídico brasileiro é a lei que define, em caso de execução ou falência, a prioridade quanto ao recebimento dos créditos concedidos por diversas fontes, e não a relação contratual específica, como ocorre normalmente nos Estados Unidos ou na Grã-Bretanha⁷¹. Para operações regidas pela lei brasileira, esse é um aspecto importante a se considerar na repartição de riscos e garantias. (AZEREDO, 1999)

⁷¹ Uma leitura jurídica da concepção do financiamento de projeto pode ser feita através do direito consuetudinário anglo-saxão. Os contratos são bastante complexos e buscam ter sempre uma base na experiência anterior, devendo ser auto-explicáveis sem remissões a códigos ou outros diplomas legais. As relações jurídicas são exclusivamente de Direito Privado, e as obrigações pressupõem a total igualdade entre as partes. A inclusão de conceitos de Direito Público (prevalência do Estado, tão cara a agentes públicos como o BNDES), aos quais estamos tão acostumados nos países latinos, é vista como risco e significará algum tipo de encarecimento para a operação. (BERGAMINI JÚNIOR, 1997)

É aconselhável, portanto, um bom estudo prévio dos contratos básicos, pois seu aditamento posterior poderá fragilizar o intrincado sistema de compensações entre os participantes, encarecer e até inviabilizar o projeto. (BERGAMINI JÚNIOR, 1997)

Embora flexibilidade seja a palavra-chave para permitir as inevitáveis adaptações do projeto à realidade, ela significa a assunção de riscos calculados e um alto grau de credibilidade entre os participantes.

Nesses casos, uma legislação que dê um grande poder conciliatório aos juízes e um judiciário ágil e que entenda o contexto de operações internacionais estão subentendidos na própria montagem das operações. A experiência parece indicar a necessidade de cautela ao se utilizar esse contexto jurídico-econômico em operações de financiamento de projeto no Brasil.

Reitera-se que neste aspecto, as operações de financiamento de projeto estão mais de acordo com um ambiente que permita livremente o uso da arbitragem (decisões extrajudiciais), instrumento em pleno desenvolvimento entre nós,

Apesar dos avanços da legislação pátria nos últimos anos, ainda é preciso melhorar muita coisa, especialmente em termos de obrigações reguladas pelo Direito Internacional Privado. A Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro — LINDB — estampa norma inflexível imposta a todos os acordos que não sejam estritamente domésticos, qual seja: aplicar-se-á a lei do lugar em que residir o proponente (art. 9º, §.2 da LINDB).

Logo, no atual Direito pátrio, não se vislumbra a possibilidade de as partes, ao firmar um contrato internacional, escolherem a lei que irá reger as obrigações assumidas naquele instrumento. Daí que diversos problemas ocorrem nos casos em que haja elementos que guardem relação com mais de um Estado, tais como o país do local da execução da obrigação, a nacionalidade das partes, a localização do bem objeto de transação e outros. Essa norma deve ser, portanto, alterada e adaptada às necessidades que se coadunam com as práticas econômicas globalizadas.

Nesse passo, julgamos ser de bom alvitre estabelecer, na própria LINDB, que as cláusulas contratuais referentes aos acordos internacionais devam ser regidas segundo a vontade das partes.

Nesse sentido, a reforma legislativa proposta pelo PL nº 1.782/2011 abre a possibilidade de as partes escolherem de comum acordo a legislação que regerá o

contrato.

Ora, a dinâmica das relações negociais internacionais já não comporta qualquer tipo de lei arbitrária e inflexível, uma vez que, no âmbito do mercado globalizado, o país que tiver um sistema jurídico mais ágil e que der maiores garantias aos investimentos estrangeiros, certamente constará da lista de preferência dos investidores internacionais. É por isso que as legislações mais avançadas no assunto são adeptas do princípio da autonomia da vontade, permitindo às partes uma maior flexibilidade na escolha da lei aplicável a um contrato.

Ressalte-se também que a legislação escolhida, pelas partes contratantes para reger suas relações negociais de âmbito internacional, não poderá ser contrária aos princípios do ordenamento jurídico pátrio, ofender a soberania, a ordem pública e os costumes, conforme dispõe a Constituição Federal de 1988.

6 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, R. R. Breves reflexões sobre eleição de foro estrangeiro e a competência concorrente no judiciário brasileiro. In: RODAS, J. G. **Contratos internacionais**. 3ª edição. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 175-203.

AMARAL, C. R. D. Arbitragem no Comércio Internacional e no Brasil. In: **Direito do Comércio Internacional**. São Paulo: Aduaneiras, 2004. p. 123-146.

AMORIN, E. C. D. **Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2003.

ARAÚJO, N. D. **Dirieto Internacional Privado - Teoria e Prática Brasileira**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2003.

_____. **Contratos Internacionais: autonomia da vontade, MERCOSUL e convenções internacionais**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. 480 p.

ARROYO, D. P. F. **Derecho internacional privado de los estados del Mercosul: Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay**. Buenos Aires: Ed. Zavalia, 1997.

ASCARELLI, T. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. 2ª Edição. ed. Rio de Janeiro: Ed. Saraiva, 1969.

AULETE, C. **Dicionário contemporâneo da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Ed. Delta, 1958.

AZEREDO, A. R. **Financiamento de longo prazo no Brasil: project finance com alternativa para a infra-estrutura**. Rio de Janeiro: UFRJ/COPPEAD, 1999.

BAPTISTA, L. O.; RODAS, J. G.; SOARES, G. F. S. **Normas de direito internacional**. São Paulo: Editora LTr, 2000. 200 p.

BATALHA, W. D. S. C. **Tratado Elementar de Direito Internacional Privado - Parte Especial - Comentários aos arts. 7º a 19 da Lei de Introdução ao Código Civil**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1961.

BERGAMINI JÚNIOR, S. Classificação de Risco: o modelo em uso no BNDES. **Revista do BNDES**, São Paulo, v. 8, 1997.

BETTI, E. **Teoria Geral do Negócio Jurídico: Tomo I**. Campinas: LZN Editora, 2003. 300 p.

BORGES, L. F. X. Risco Legal na Análise de Crédito. **Revista do BNDES**, São Paulo, v. 8, 2001. ISSN 16.

BORGES, L. F. X. Project Finance e Infra-estrutura: descrição e críticas. **Revista do BNDES**, São Paulo, v. 23, 2007. ISSN 28.

CASTRO, A. D. **Direito Internacional Privado**. 7ª Edição. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2001.

COMIRAN, G. C. **Atipicidade Contratual: entre a autonomia privada e o tipo**. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito, v. Dissertação (mestrado), 2007.

CORAZZA, G. **Métodos da Ciência Econômica**. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2003. 311 p.

COUTO E SILVA, C. D. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2007. 176 p.

DE NARDI, M. **Redes de contratos: em perspectiva de interpretação sistêmica**. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito, v. Tese (doutorado), 2010.

DEL'OLMO, F. D. S. **Curso de direito internacional privado**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010.

DOLINGER, J. **Direito Internacional Privado**. 7ª edição. ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2003.

DUARTE JÚNIOR, A. A importância do gerenciamento de riscos corporativos em bancos. In: _____ **Gestão de Riscos no Brasil**. São Paulo: Editora Financial Consultoria, 2003.

DUARTE JÚNIOR, A. A importância do gerenciamento de riscos corporativos em bancos. In: _____ **Gestão de Riscos no Brasil**. São Paulo: Ed. Financial Consultoria, 2003.

DUARTE JÚNIOR, A. **Gestão de Riscos para Fundos de Investimento**. São Paulo: Editora Prentice-Hall, 2005.

ENEI, J. V. L. **Project Finance: financiamento com foco em empreendimentos (parceria público-provadas, leveraged buy-outs e outras figuras afins)**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007. 441 p.

ENGISCH, K. **Introdução ao pensamento jurídico**. 9ª. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. 391 p.

FINNERTY, J. D. **Projct Finance: engenharia financeira baseada em ativos**. Rio de Janeiro: Ed. Qualitymark, 1999.

FREITAS, J. **O controle dos atos administrativo e os princípios fundamentais**. 3ª. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2004. 511 p.

GALGANO, F. **La globalización en el espejo del derecho**. 1ª. ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2005. 248 p.

GRAU, E. R. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 11ª Edição. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2006.

GUIMARÃES, L. A Sociedade de Propósito Específico. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, v. 125, 2007.

HOFFMAN, S. **The Law and the Business of International Project Finance**. 3ª Edição. ed. Londres: Ed. Cambridge, 2008.

HOUAISS. **Dicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Ed. Objetiva, 2001.

JAIME, E. Identité et intégration: Le droit internationale privé postmoderne. **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye**, Dordrecht, v. II, p. 33-267, 1995.

JANSEN, L. **Introdução à economia jurídica**. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2003.

KONDER, C. N. **Contratos Conexos**: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2006. 296 p.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. D. A. **Fundamentos de Metodologia Científica**. 3ª Edição revista e ampliada. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 1993.

LEITE, F. T. **Arbitragem, mediação e conciliação no direito privado brasileiro**: instrumentos jurídicos para solução de conflitos da sociedade brasileira contemporânea. Fortaleza: Ed. Universidade de Fortaleza, 2008. 583 p.

LORENZETTI, R. L. **Tratado de los contratos**. Buenos Aires: Ed. Rubinzal-Culzoni, v. Tomo I, 1999.

MARQUES DOS SANTOS, A. **As normas de aplicação imediata no direito internacional privado - esboço de uma tese geral**. Coleção de Teses. ed. Coimbra: Almedina, v. I e II, 1991.

MARQUES, A.; MEDEIROS, J. B. **Monografia no Curso de Direito**. São Paulo: Ed. Atlas, 2003.

MARQUES, C. L. A insuficiente proteção do consumidor nas normas de Direito Internacional Privado - Da necessidade de uma Convenção Interamericana (CIDIP) sobre a lei aplicável a alguns contratos e relações de consumo. **OEA - Organização dos Estados Americanos**, 2001. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/CIDIPVII_home_temas_cidip-vii_proteccionalconsumidor_leyaplicable_apoyo_propuestabrasil_port.pdf>. Acesso em: 10 Novembro 2011.

_____. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato? In: MARQUES, C. L. (. **A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. Cap. I.1, p. 17-86.

MARTINS, J. C. S. **Contratos Internacionais: a autonomia da vontade na definição do direito material aplicável.** São Paulo: Editora LTr, 2009. 149 p.

MARTINS-COSTA, J. **Comentários ao novo Código Civil: Tomo I - do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações.** 2ª. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, v. V, 2006. 797 p.

MOROSINI, F. A Arbitragem Comercial como Fator de Renovação do Direito Internacional Privado Brasileiro dos Contratos. In: UFRGS **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.** Porto Alegre: Ed. Nova Prova, 2008. p. 192-215.

MUKAI, T. **Licitações e contratos públicos.** 8ª. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008. 407 p.

NUSDEO, F. **Curso de Economia.** 3ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. 376 p.

OLIVEIRA, O. M. A. D. **Monografia Jurídica.** Porto Alegre: Ed. Síntese, 1999.

OLIVEIRA, S. L. D. **Tratado de metodologia científica.** 2ª Edição. ed. São Paulo: Ed. Pioneira, 1999.

ORTIZ, G. A. **Princípios del derecho público económico.** 3ª Edição. ed. Granada: Comares Editorial, 2004.

RECHSTEINER, B. W. **Direito Internacional Privado - teoria e prática.** São Paulo: Ed. Saraiva, 1996.

RIBEIRO, J. D. S. **Direito dos Contratos.** Coimbra: Ed. Coimbra, 2007. 409 p.

RIBEIRO, L. A. A nova pluralidade de sujeitos e vínculos contratuais: contratos conexos e grupos de contratuais. In: MARQUES, C. L. **A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 429-454.

RIGOLIN, I. B. **Comentários às Leis das PPPs, dos consórcios públicos e das organizações sociais.** São Paulo: Ed. Saraiva, 2008. 217 p.

ROPPO, E. **O contrato.** Coimbra: Livraria Almedina, 1988. 371 p.

SILVA, D. P. E. **Vocabulário Jurídico.** 11ª Edição. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1991.

STRENGER, I. **Direito moderno em foco**. [S.l.]: Ed. Revista dos Tribunais, v. Parte II - Direito Internacional Privado Aplicado, 1986.

VERÇOSA, H. M. D. **Curso de Direito Comercial**: teoria geral do direito comercial e das atividades empresariais mercantis; introdução à teoria geral da concorrência e dos bens imaterias. São Paulo: Ed. Malheiros, v. I, 2004.

VICENTE, D. M. Liberdades comutárias e direito internacional privado. **Cuadernos de derecho transnacional**, Madri, v. 1, p. 179-220, Outubro 2009. ISSN 2.

VINEY, G. Groupes de contrats et responsabilité du fait d'autrui. In: FONTAINE, M.; GHESTIN, J. **Les effets du contrat à legard des tiers**. Paris: L.G.D.J, 1992. p. 335-359.

ANEXO A – Projeto de Lei n.º 1.782/2011

Altera o § 2º do art. 9º do Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 - Lei de Introdução ao Código Civil.

O Congresso Nacional decreta:

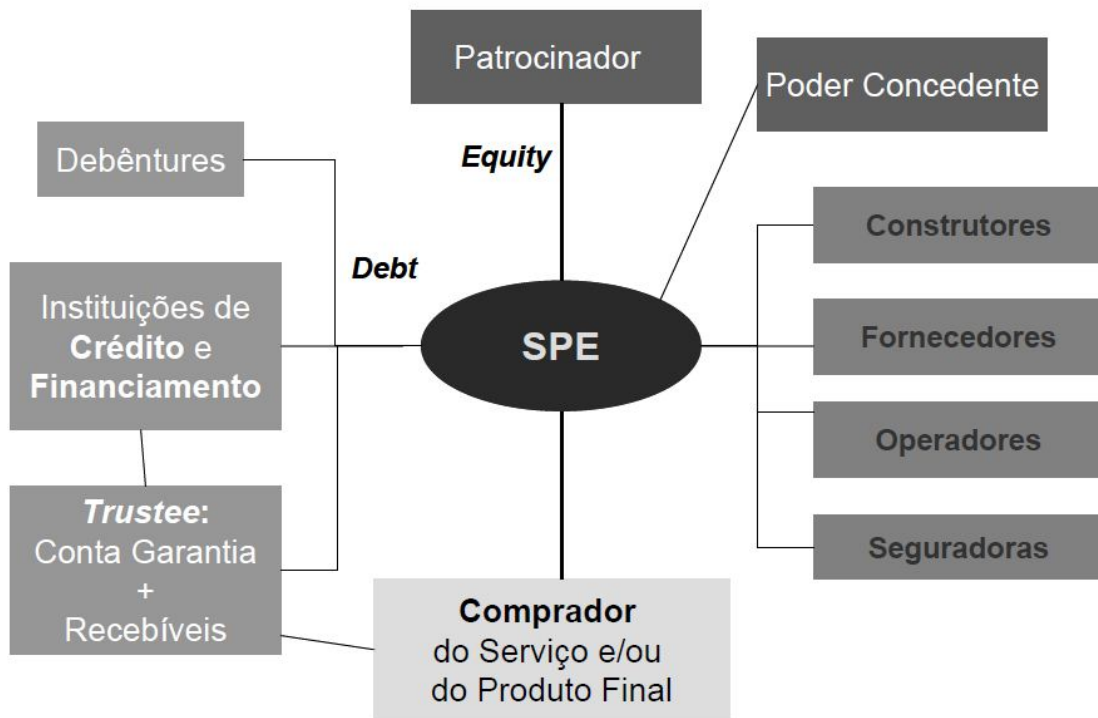
Art. 1º Esta lei tem por fim estabelecer que as partes poderão estipular qual legislação regerá as obrigações resultantes de contrato internacional.

Art. 2º O § 2º do art. 9º do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 - Lei de Introdução ao Código Civil, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 9º

§ 2º - A obrigação resultante de contrato será regida pela lei de escolha das partes “(NR).

Art. 3º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

ANEXO B – Estrutura de um Financiamento de Projeto⁷²

⁷² (BORGES, 2007)

ANEXO C – Recurso Extraordinário nº 93.131-MG/STF



Supremo Tribunal Federal

328

17.12.81.

SEGUNDA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 93 131-7 - MINAS GERAIS

RECORRENTES : BANCO DO BRASIL S/A e OUTROS
RECORRIDO : ANTONIO CHAMPALHAUD

E M E N T A - Equiparação da lei estrangeira, aplicada no Brasil, à legislação federal brasileira, para efeito de admissibilidade de recurso extraordinário. Dação em cumprimento. Sub-rogação legal. Código Civil português (arts. 592, 593 e 837).

- Inexistência de negativa de vigência do artigo 99 da Lei de Introdução ao Código Civil. Dissídio de jurisprudência não demonstrado.

- A lei estrangeira, aplicada por força de dispositivo de direito internacional privado brasileiro (na espécie, o artigo 99 da Lei de Introdução ao Código Civil), se equipara à legislação federal brasileira, para efeito de admissibilidade de recurso extraordinário.

- Não ocorrência, no caso, de dação em cumprimento (*datio in solutum*) e de sub-rogação legal. Negativa de vigência dos artigos 837, 592 e 593 do Código Civil português.

Recurso extraordinário conhecido e provido.

A C O R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos,

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
SERVIÇO DE JURISPRUDÊNCIA

1988. D. J. 23.04.82

EMENTÁRIO Nº 1.251-2

01251020
04370930
01311000
00000110

ANEXO D – Recurso Especial n.º 251.438-RJ/STJ

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 251.438 - RJ (2000/0024821-5)

RELATOR : MINISTRO BARROS MONTEIRO
 RECTE (S) : AMERICAN HOME ASSURANCE COMPANY E
 OUTRO
 ADVDO(S) : ARNOLDO WALD E OUTROS
 RECDO (S) : BRASPETRO OIL SERVICES COMPANY -
 BRASOIL
 ADVDO (S) : ATHOS GUSMÃO CARNEIRO E OUTROS
 INTERES. : INDÚSTRIAS VEROLME ISHIBRAS S/A - IVI E
 OUTROS

EMENTA

COMPETÊNCIA INTERNACIONAL. CONTRATO DE CONVERSÃO DE NAVIO PETROLEIRO EM UNIDADE FLUTUANTE. GARANTIA REPRESENTADA POR "PERFORMANCE BOND" EMITIDO POR EMPRESAS ESTRANGEIRAS. CARÁTER ACESSÓRIO DESTE ÚLTIMO. JURISDIÇÃO DO TRIBUNAL BRASILEIRO EM FACE DA DENOMINADA COMPETÊNCIA CONCORRENTE (ART. 88, INC. II, DO CPC).

- O "Performance bond" emitido pelas empresas garantidoras é acessório em relação ao contrato de execução de serviços para a adaptação de navio petroleiro em unidade flutuante de tratamento, armazenamento e escoamento de óleo e gás.

- Caso em que empresas as garante se sujeitam à jurisdição brasileira, nos termos do disposto no art. 88, inc. II, do CPC, pois no Brasil é que deveria ser cumprida a obrigação principal. Competência internacional concorrente da autoridade judiciária brasileira, que não é suscetível de ser arredada pela vontade das partes.

- A justiça brasileira é indiferente que se tenha ajuizado ação em país estrangeiro, que seja idêntica a outra que aqui tramite. Incidência na espécie do art. 90 do CPC. Recurso especial não conhecido, prejudicada a medida cautelar.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso, julgando prejudicada a Medida Cautelar n° 1938/RJ, cessando os efeitos da medida liminar, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha e Ruy Rosado de Aguiar. Impedido o Sr. Ministro Aldir Passarinho Júnior. Afirmou suspeição o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira.

Brasília, 08 de agosto de 2000 (data do julgamento).