



DANIELA CUTRALE

A AUTONOMIA DA VONTADE DAS PARTES E A  
ESCOLHA DA LEI APLICÁVEL AOS CONTRATOS  
INTERNACIONAIS: UMA ANÁLISE DA LEX MERCATORIA  
NA ARBITRAGEM TRANSNACIONAL

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra  
no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre)  
Na área de Ciências Jurídico-Políticas, Menção em Direito Internacional e Europeu,  
sob a orientação do Professor Doutor Rui Manuel Gens de Moura Ramos.

Julho - 2017



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



**DANIELA CUTRALE**

**A AUTONOMIA DA VONTADE DAS PARTES E A ESCOLHA DA LEI  
APLICÁVEL AOS CONTRATOS INTERNACIONAIS: UMA ANÁLISE DA LEX  
MERCATORIA NA ARBITRAGEM TRANSNACIONAL**

***THE AUTONOMY OF THE PARTIES AND THE CHOICE OF LAW APPLICABLE  
TO INTERNATIONAL CONTRACTS: AN ANALYSIS OF LEX MERCATORIA IN  
TRANSNATIONAL ARBITRATION***

*Dissertação de Mestrado na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Políticas /Menção em Direito Internacional e Europeu, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*

*Orientador: Professor Doutor Rui Manuel Gens de Moura Ramos*

Coimbra, 2017

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço e dedico este trabalho aos meus queridos pais, que tudo me proporcionaram.

Ao Pedro, cujo amor incondicional me engrandece.

Ao Professor Doutor Rui Moura Ramos, cujos ensinamentos e exemplos são fonte de admiração e inspiração para qualquer pesquisador e profissional do direito.

## RESUMO

Esta dissertação tem como objeto a análise do papel dos contratos comerciais internacionais para o desenvolvimento e aplicação da nova *lex mercatoria*, bem como a sua relevância no âmbito do procedimento arbitral.

Com a globalização, as características e necessidades dos negócios comerciais mudaram, cenário no qual o estudo dos contratos internacionais ganhou maior importância, principalmente em razão da imprescindibilidade de maior dinamismo e flexibilidade na área do jurídico para o desenvolvimento do comércio internacional.

Nesse contexto, o princípio da autonomia das partes aplicado aos contratos internacionais ganha especial relevância neste estudo, tendo em vista que permite às partes a escolha do direito que será aplicado tanto em relação ao direito substantivo, quanto em relação ao ordenamento jurídico que regerá o procedimento conciliatório entre as partes.

O referido princípio, já reconhecido na legislação de diversos Estados, possibilita a vinculação do instrumento contratual internacional a quaisquer ordenamentos jurídicos, nacionais ou não. Assim, sob a perspectiva do pluralismo jurídico, observa-se que a nova *lex mercatoria*, que nasceu como expressão da *societas mercantil*, atualmente constitui um ordenamento transnacional, desvinculado de um território geográfico e com desenvolvimento apenas no espaço jurídico. Dessa forma, caberá a análise da sua evolução, fontes normativas, sujeitos, bem como os limites impostos pela ordem pública dos Estados. Com a possibilidade de desenvolvimento de um ordenamento jurídico pelos entes privados, deve-se refletir acerca das veementes críticas feitas pelos *antimercatoristas* que se fundam, em síntese, na ausência dos elementos necessários para a sua definição como um ordenamento jurídico completo.

Por fim, será analisada a aplicabilidade da *lex mercatoria* no âmbito das arbitragens transnacionais e os efeitos que os laudos arbitrais fundados nesse sistema causam no ordenamento jurídico interno dos Estados. Ponderadas as conclusões feitas ao longo do presente estudo, serão apresentadas sugestões com o objetivo de oferecer maior viabilidade para a aplicação da nova *lex mercatoria* nos dias atuais.

**Palavras-chave:** Contratos comerciais internacionais; Autonomia da vontade das partes; *Lex mercatoria*; Arbitragem comercial internacional.

## ABSTRACT

This dissertation aims to analyze the international commercial contracts for the development and application of the new *lex mercatoria*, as well as its relevance in the arbitration procedure and its effects in the legal framework of the States.

In the context of globalization, the characteristics and needs of the commercial business have changed, in which the study of international contracts has gained more importance, mainly due to the indispensability of greater dynamism and flexibility in the legal framework for the development of international trade. In this context, the principle of party autonomy applied to international contracts is particularly relevant in this study, since it allows the parties to choose the right that will be applied both in terms of substantive law and in relation to the legal order that will govern the relationship between the parties in case of conflicts.

This principle, already recognized by the legislation of several States, makes it possible to link the international contractual instrument to any national or non-national legal system. Thus, from the perspective of legal pluralism, it is observed that the new *lex mercatoria*, which was born as an expression of mercantil *societas*, is nowadays a transnational order, separated from a geographical territory and developed only in the juridical space. In this way, it will be the analysis of its evolution, normative sources, subjects, as well as the limits imposed by the public order of the States.

With the possibility of developing a legal system by private entities, one must reflect on the vehement criticisms made by antimercatoristas that are based, in synthesis, in the absence of the elements necessary for its definition as a complete legal order.

Finally, the applicability of *lex mercatoria* in the context of transnational arbitrations will be examined and the effects that any reports based on this system cause in the internal legal order of the States. Considering the conclusions made throughout the present study, suggestions will be presented with the objective of offering greater viability for the application of the new *lex mercatoria* in the present day.

**Keywords:** International commercial contracts; Autonomy of the parties; *Lex mercatoria*; International Commercial Arbitration.

## LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

- CCI – Câmara de Comércio Internacional
- CENTRAL – *Center of Transnational Law*
- CIDIP – Conferência Especializada de Direito Internacional Privado
- DIP – Direito Internacional Privado
- ICSID – Centro Internacional para Arbitragem de Disputas sobre Investimentos
- INCOTERMS – Termos Internacionais do Comércio
- ICCA – *International Council of Commercial Arbitration*
- LARB – Lei de Arbitragem Brasileira
- LAV – Lei de Arbitragem Voluntária
- LICC – Lei de Introdução ao Código Civil
- LINDB – Lei de Introdução ao Direito Brasileiro
- MERCOSUL – Mercado Comum do Sul
- OAS – *Organization of American States*
- OMC – Organização Mundial do Comércio
- OMPI – Organização Mundial da Propriedade Intelectual
- UCC – *Uniform Commercial Code*
- UNCTAD – Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento
- UNIDROIT – Instituto Internacional para Unificação do Direito Privado

## ÍNDICE

<b>I. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>CAPÍTULO I - O CONTRATO COMERCIAL INTERNACIONAL E O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE DAS PARTES .....</b>	<b>12</b>
<b>1.1. O conceito de contrato comercial internacional .....</b>	<b>13</b>
<b>1.2. A aplicação do princípio da autonomia das partes aos contratos internacionais. 16</b>	
<b>1.3. A autonomia das partes nas Convenções Internacionais .....</b>	<b>20</b>
<b>1.4. A evolução do conceito da autonomia das partes no direito internacional privado .....</b>	<b>22</b>
<b>1.5. Fundamentos do princípio da autonomia das partes .....</b>	<b>27</b>
<b>1.6. Limitações ao princípio da autonomia da vontade das partes.....</b>	<b>29</b>
<b>1.7. A autonomia das partes no direito comparado .....</b>	<b>31</b>
<b>1.7.1. Sistema Europeu .....</b>	<b>31</b>
<b>1.7.2. Países integrantes do Mercosul.....</b>	<b>38</b>
<b>1.7.3. <i>Common Law</i> .....</b>	<b>46</b>
<b>1.8. A autonomia do comércio internacional.....</b>	<b>49</b>
<b>CAPÍTULO II - A <i>LEX MERCATORIA</i>.....</b>	<b>51</b>
<b>2.1. Evolução: da antiga à nova <i>lex mercatoria</i> .....</b>	<b>51</b>
<b>2.2. O conceito de nova <i>lex mercatoria</i> .....</b>	<b>54</b>
<b>2.3. Fontes .....</b>	<b>55</b>
<b>2.3.1. Princípios gerais .....</b>	<b>56</b>
<b>2.3.1.1. Princípio da boa-fé objetiva.....</b>	<b>61</b>
<b>2.3.2. Usos e costumes comerciais.....</b>	<b>63</b>
<b>2.3.3. Jurisprudência arbitral .....</b>	<b>65</b>
<b>2.4. Principais críticas à <i>lex mercatoria</i> e suas contrarrazões.....</b>	<b>67</b>
<b>2.4.1. Incompletude e insuficiência do seu conteúdo .....</b>	<b>67</b>
<b>2.4.2. Ajuridicidade das suas fontes .....</b>	<b>71</b>

2.4.3. Inexistência de autoridade central e sanções específicas.....	74
2.4.4. Inexistência de <i>societas mercatorum</i> .....	76
2.4.5. A questão do desequilíbrio causado pela <i>lex mercatoria</i> .....	78
<b>CAPÍTULO III - A ARBITRAGEM TRANSNACIONAL E O DESENVOLVIMENTO DA LEX MERCATORIA.....</b>	<b>80</b>
3.1. A determinação do direito aplicável ao mérito da causa e a autonomia conflitual.....	82
3.2. A admissibilidade da escolha da <i>lex mercatoria</i> no direito português brasileiro..	84
3.3.Susceptibilidade de reconhecimento da sentença arbitral fundada na <i>lex mercatoria</i> .....	88
3.4. Efeitos da aplicação da <i>lex mercatoria</i> no ordenamento jurídico dos Estados.....	90
3.5.Aplicação da <i>lex mercatoria</i> e as decisões arbitrais - análise de casos concretos....	92
<b>II. CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>97</b>
<b>III. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>99</b>



## I. INTRODUÇÃO

Esta dissertação tem como objeto a análise da aplicação e aceitação da nova *lex mercatoria* no ordenamento jurídico dos Estados, bem como no procedimento arbitral, e o seu desenvolvimento sob a ótica do princípio da autonomia da vontade das partes, observado especialmente no âmbito dos contratos comerciais internacionais<sup>1</sup>.

É certo que atualmente o estudo dos contratos internacionais ganhou um papel de destaque, principalmente em razão do aumento do número de transações comerciais entre entes os privados e públicos de diferentes países, que são essenciais à expansão da globalização e ao desenvolvimento do comércio internacional, que exige dinamismo e flexibilidade cada vez mais expansivos no âmbito jurídico.

Dessa forma, na tentativa de melhor regulamentar o assunto e unificar suas regras, diversos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais se formaram ao longo dos últimos anos, o que originou discussões incessantes e algumas linhas essenciais ao estudo do tema, nas quais existe um alargado consenso entre os juristas<sup>2</sup>.

Como bem leciona RAMOS, a primeira dessas linhas fundamentais ao estudo dos contratos internacionais refere-se à aplicabilidade do princípio da autonomia da vontade ao instrumento contratual, o que permite a escolha da lei aplicável pelas próprias partes. De acordo com suas lições, “*a consagração do princípio da autonomia da vontade na nossa matéria (como de resto em qualquer outra), se permite em termos práticos, o desaparecimento da imprevisibilidade e da incerteza que em muitos casos estão indissolúvelmente ligados à escolha da lei*”<sup>3</sup>.

É certo que a autonomia das partes nos contratos internacionais lhes possibilita a aplicação de quaisquer ordenamentos e sistemas jurídicos ao negócio por elas pactuado, ainda que totalmente desvinculados dos Estados, como é o caso da *lex mercatoria*, que pode ser aplicada, em especial, nos contratos que contenham cláusula arbitral.

---

<sup>1</sup> Opta-se pela denominação contrato comercial invés de contrato do comércio, valendo-se do apontamento de F. F. GALGAGANO. *Lex Mercatoria*, Bologna, Il Mulino, 2001, p. 10: “*il diritto commerciale non é il diritto del commercio: non regola ne mai há regolato, tutto il commercio; non é mais tato um sistema normativo auto-suficiente, ordinante um intero settore dela vitta econômica*”.

<sup>2</sup> RAMOS, Rui Manuel Ramos, A lei aplicável ao contrato de trabalho internacional, *Dissertação para doutoramento em Direito Internacional Privado na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Livraria Almedina: Coimbra, 1990, p. 421.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 423.

A menção à *lex mercatoria* pode ser reconhecida de forma direta, ou seja, quando os árbitros decidem a controvérsia baseando-se nos princípios e usos comerciais ou, ainda, indiretamente, quando o conflito é decidido segundo a equidade e a lei<sup>4</sup>. Apesar das diversas discussões acerca da possibilidade de aplicação desse sistema, é certo que o debate se mantém interessante, pois reflete a forma hegemônica pela qual forças económicas vêm atuando nos dias atuais, com efeitos negativos em outras esferas<sup>5</sup>.

De fato, a nova *lex mercatoria* continua a ser um instrumento inovador, em desenvolvimento e evolução constante, o que faz com que a sua aplicabilidade aos contratos internacionais seja ideal para refletir os interesses da sociedade mercantil e suprir eventuais lacunas do direito estatal.

Com base nisso, o presente trabalho visa a aprofundar os fundamentos de interesse teórico e prático da nova *lex mercatoria*, em especial com a descrição dos elementos sobre os quais se funda, para que, posteriormente, possa-se sugerir um modo de expandir a viabilidade de aplicação desse ordenamento.

Assim, o primeiro capítulo (I) será dedicado ao estudo do princípio da autonomia da vontade das partes, aplicado aos contratos internacionais, ocasião na qual serão delimitados o seu conceito no âmbito do DIP, os seus fundamentos, limites, bem como a sua aplicação no sistema europeu, common law e no Mercosul. Por fim, será levantada a questão da autonomia no direito comercial internacional, âmbito no qual a nova *lex mercatoria* está inserida.

Na segunda parte deste trabalho (II), será exposto o conceito da nova *lex mercatoria*, a sua evolução, suas fontes, seu âmbito de aplicação, para que, posteriormente, seja possível adentrar à temática referente às principais críticas a esse ordenamento, que se baseiam na suposta (a) incompletude do seu conteúdo; (b) ajuricidade das suas fontes; (c) inexistência de uma autoridade central responsável, inclusive, pela elaboração e consolidação do seu conteúdo e de sanções específicas em caso de descumprimento; (d) ausência de uma *societas mercatorum*.

---

<sup>4</sup> R. M. RAMOS. *A lei aplicável ao contrato de trabalho internacional...*, p. 504.

<sup>5</sup> V. OLGATI. *Lex Mercatoria e communitas mercatorum nell'esperienza giuridica contemporanea*, In: *Sociologia del Diritto*, v. 32, n.ºs 2-3, 2005, pp. 351-378.

No terceiro e último capítulo (III), será dissertado a respeito da importância da autonomia da vontade para a arbitragem transnacional<sup>6</sup> com especial enfoque à possibilidade de escolha da *lex mercatoria* para reger a decisão dos árbitros e serão ainda analisados os efeitos dos laudos arbitrais fundados nesse sistema no ordenamento jurídico dos Estados.

Com base nas ponderações feitas neste trabalho, será possível verificar (i) o alcance do princípio da autonomia das partes no âmbito dos contratos internacionais e das arbitragens transnacionais; (ii) os principais fundamentos da *lex mercatoria* e, em especial, suas principais críticas; (iii) a relevância do papel da arbitragem para o desenvolvimento da nova *lex mercatoria* e os efeitos que esta tem no ordenamento jurídico dos Estados; (iv) a evolução que a *lex mercatoria* possibilita ao comércio internacional.

---

<sup>6</sup> “A expressão ‘arbitragem transnacional, embora não seja a mãos corrente, tem a vantagem de evitar a ambiguidade da expressão ‘arbitragem internacional’, que se aplica também para designar arbitragens de Direito Internacional Público”. PINHEIRO, L. *Direito aplicável ao mérito da causa na arbitragem transnacional*. Disponível online em: [http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe\\_artigo.aspx?idsc=57754&ida=57714](http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idsc=57754&ida=57714). Acesso em: 20.04.2017.

## **CAPÍTULO I - O CONTRATO COMERCIAL INTERNACIONAL E O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE DAS PARTES**

Inicia-se o presente capítulo a partir da seguinte premissa: o princípio da autonomia das partes é a base dos contratos comerciais internacionais e possibilita a escolha do direito aplicável ao contrato e ao procedimento arbitral pelas partes contratantes.

Sem o reconhecimento do princípio da autonomia das partes não existiria, portanto, a possibilidade de exteriorização plena da vontade das partes em relação aos seus objetivos, bem como a inserção de cláusulas contratuais que limitem, ao menos em parte, a jurisdição estatal. Explica-se: não seria possível a opção de aplicação de um ordenamento anacional, como a nova *lex mercatoria*, tampouco existiria a possibilidade de inserção de cláusula arbitral nos contratos internacionais.

O princípio da autonomia da vontade das partes é fundamental à formação dos contratos comerciais internacionais que têm por objeto situações nas quais existem um ou mais elementos de conexão à sistemas jurídicos nacionais divergentes. É necessário ressaltar que o referido princípio ganha especial interpretação e significado no âmbito do DIP, conforme será verificado neste capítulo.

Em que pese o reconhecimento do princípio da autonomia das partes em diversas convenções internacionais, muitos Estados, inclusive signatários das referidas convenções, não adaptaram o seu ordenamento jurídico interno para a recepção e efetivação dos seus efeitos, o que causa diversos conflitos inclusive na efetividade dos laudos arbitrais.

É certo que existem limitações à possibilidade das partes na escolha do direito aplicável aos contratos internacionais, no que tange às normas não derogáveis por acordo e as de ordem pública, embora seja difícil conceituá-las no âmbito do DIP e também no direito estatal.

A evolução do princípio da autonomia das partes na escolha do direito aplicável, inclusive no direito comparado também é objeto deste capítulo, ocasião na qual será comparado o reconhecimento do princípio no sistema europeu, nos países do Mercosul e na *Common Law*.

Por fim, será discorrido a respeito da autonomia do próprio comércio internacional, o que por si só possibilita a criação de um ordenamento anacional pela própria classe de comerciantes, em parte desvinculado e complementar ao sistema jurídico nacional.

### **1.1. O conceito de contrato comercial internacional**

A expansão da globalização no último século, que ocorreu não só por conta da evolução das telecomunicações e tecnologias de informação, mas também em razão da grande interdependência entre os países, é representada por meio do comércio internacional.

O comércio internacional se fortificou, em especial, após o término da II Guerra Mundial, ocasião na qual se iniciou uma nova fase das relações econômicas comerciais<sup>7</sup>. Consequentemente, com a evolução do comércio internacional e intensificação das relações comerciais globais, verificou-se o aumento significativo do papel dos contratos internacionais.

Para GOLDMAN, o comércio internacional é definido como o conjunto das relações econômicas, incluindo-se as relações internacionais de troca de que participam ao menos uma empresa privada ou uma empresa pública, não se utilizando de prerrogativas próprias dos Estados<sup>8</sup>.

De fato, o comércio não poderia deixar de exercer influência sobre o direito, tendo em vista a exigência de técnicas próprias que efetivem as operações concernentes ao mercado internacional.

Nesse sentido, os contratos internacionais são o instrumento por meio do qual essas relações são concretizadas e podem ser distinguidos entre contratos para a circulação de bens, nos quais se encaixa a figura da compra e venda, contratos para a realização ou promoção de negócios, tais quais os contratos de representação comercial e os de

---

<sup>7</sup> CASELLA, Paulo Borba. *Negociação e formação de contratos internacionais em direito francês e inglês*. Disponível online em: [https://scholar.google.pt/scholar?cluster=15560664179495244161&hl=pt-PT&as\\_sdt=0,5&scioldt=0,5](https://scholar.google.pt/scholar?cluster=15560664179495244161&hl=pt-PT&as_sdt=0,5&scioldt=0,5). Acesso em: 16.08.2016.

<sup>8</sup> B. GOLDMAN, *Frontières du droit et lex mercatoria*, In *Archives de philosophie du droit*, n.º 9, 1964, pp. 177-192. Como salienta F. MARRELLA, *La nueva lex mercatoria, Principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale – v. XXX – Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, Cedam, 2003, p. 153, “*il contratto di compra e vendita..., da sempre, contistiuice il cuore del commercio ed è próprio di qual contratto che sono fiorite molte dele riflessione sulla nuova lex mercatoria*”.

distribuição, os contratos de transporte de mercadoria, os contratos financeiros e os instrumentos de pagamento; os contratos de seguro, os contratos de circulação de tecnologia, os associativos entre empresas, instrumentos de garantia e os contratos de investimento<sup>9</sup>. Além destes, existem também os contratos comerciais internacionais atípicos, que são principalmente os chamados contratos *ing*, tais quais, o *leasing*, *factoring*, *franchising*, *marketing*, dentre outros.

Como conceito jurídico, o contrato, em geral, destaca a formalização pelo Direito de uma conduta humana autônoma, consciente e intencional na escolha do conteúdo da operação econômica que reveste. Para ROPPO, o “*contrato é um conceito jurídico: uma construção da ciência jurídica elaborada (...) com o fim de dotar a linguagem jurídica de um termo capaz de resumir uma série de princípio e regras de direito*”<sup>10</sup>.

O diferencial entre o contrato internacional e o contrato nacional é o elemento da internacionalidade e diversos foram os critérios propostos para que se pudesse localizar, dentro do instrumento contratual, referida característica, o que demonstra a dificuldade de sua conceituação<sup>11</sup>.

MATTER, Procurador-Geral francês, definiu o elemento da internacionalidade como aquele em que há a “*transferência internacional, ou seja, o movimento de fluxo e refluxo de divisas, ultrapassando as fronteiras nacionais*”<sup>12</sup>. Esta definição de elemento da internacionalidade teve muita influência tanto no âmbito econômico, quanto no âmbito jurídico.

Para STRENGER, o elemento referente à “*localização geográfica dos bens, das pessoas ou operações materiais*” exerce papel preponderante para a existência da internacionalidade dentro de um contrato<sup>13</sup>. Para este autor, os contratos internacionais representam “*todas as manifestações bi ou plurilaterais das partes objetivando relação patrimonial, ou de serviços, cujos elementos sejam vinculantes de dois ou mais sistemas jurídicos extraterritoriais, pela força do domicílio, nacionalidade, sede principal dos*

---

<sup>9</sup> F. GALGANO; F.MARELLA, *Diritto del commercio Internazionale*, Padova, Cedam, 2005.

<sup>10</sup> ROPPO, Enzo. *O contrato*, Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes, Coimbra: Almedina, 1988, p. 7.

<sup>11</sup> Diversos foram os autores que reconhecem a dificuldade de definir um conceito para os contratos internacionais. Dentre eles, pode-se citar Isabel Magalhães COLLAÇO (*Da Compra e Venda em DIP*, p. 85) e Paul LAGARDE (*Examen de l'avant-project CEE sua la foi applicable aux obligations contractuelles et non-contractuelles*, p. 153).

<sup>12</sup> STRENGER, Irineu. *Contratos Internacionais do Comércio*, 3-ª ed., São Paulo, LTr, 1998, p. 73.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 22.

*negócios, lugar do contrato, lugar da execução, ou qualquer circunstância que exprima um liame indicativo de Direito aplicável*”<sup>14</sup>.

No mesmo sentido, KUHN define os contratos internacionais como aqueles que “*vinculam as partes jurisdicionadas por sistemas jurídicos diferentes e que, por tal razão, não estão por completo sujeitos a nenhum sistema jurídico perfeitamente identificado, pois, pela peculiaridade da nacionalidade ou do domicílio, não poderão ser alcançados coercitivamente por suporte legislativo ao qual não estejam vinculados, por imperatividade legal ou por convenção*”<sup>15</sup>.

De fato, inexistente critério unívoco para a caracterização do elemento da internacionalidade e, por via de consequência, de um contrato como internacional, adotando-se no presente estudo o preceito mais amplo possível. Dessa forma, considera-se que basta a “*presença de um elemento de estraneidade que o ligue a dois ou mais ordenamentos jurídicos*”<sup>16</sup>, seja ele o fluxo de valores entre Estados, domicílio em territórios distintos ou o transporte internacional de mercadorias, para que um contrato seja caracterizado como internacional.

Inclusive, esse foi o entendimento adotado na 5ª Conferência Especializada Interamericana sobre Direito Internacional Privado (“CIDIP”) <sup>17</sup>, da *Organization of American States* (“OAS”), na qual se concluiu que um contrato pode ser definido como internacional “*se as mesmas partes têm a sua residência habitual ou estabelecimento em*

---

<sup>14</sup> STRENGER, Irineu. *Contratos Internacionais do Comércio...*, p. 27.

<sup>15</sup> J. L. KUHN. A autonomia da vontade nos contratos do Mercosul, *Direito Internacional Privado*, Luiz Fernando Franceschini e Marcos Wachowicz (coords.), Curitiba: Juruá, 2001 p. 56.

<sup>16</sup> N. ARAÚJO. *Direito Internacional Privado – Teoria e Prática Brasileira*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 312. Vide I. STRENGER, *Contratos Internacionais...*, pp. 25 e ss. à respeito da noção de contrato internacional e maiores referências quanto aos critérios para caracterização de um contrato como internacional. Para esse autor (p. 73), “*o contrato é internacional quando houver algum elemento de estraneidade*” (p. 79), afirma, então que “*são contratos internacionais do comércio todas as manifestações bi ou plurilaterais da vontade livre das partes, objetivando relações patrimoniais ou de serviços, cujos elementos sejam vinculantes de dois ou mais sistemas jurídicos extraterritoriais, pela força do domicílio, nacionalidade, sede principal dos negócios, lugar do contrato, lugar da execução, ou qualquer circunstância que exprima liame indicativo de Direito aplicável*”.

<sup>17</sup> “*As CIDIPs são Conferências Interamericanas de Direito Internacional Privado, promovidas pela Organização dos Estados Americanos para a uniformização e harmonização do Direito Internacional Privado nas Américas. Essas conferências produziram cerca de 26 instrumentos internacionais. A primeira CIDIP ocorreu no Panamá em 1975 e, desde então, a cada 4 ou 6 anos, uma nova CIDIP é promovida*”.

*diferentes Estados Partes, ou se o contrato tem vinculação objetiva com mais de um Estado Parte*”<sup>18</sup>.

## **1.2. A aplicação do princípio da autonomia das partes aos contratos internacionais**

Na sociedade pós-industrial, o contrato é o instrumento de transformação do direito, na medida em que não só permite a circulação de produtos jurídicos, como também os cria<sup>19</sup>, sendo efetivamente uma de suas fontes. Contudo, conforme expressam GAGLIANO e FILHO “*contrato sem vontade não é contrato*”<sup>20</sup>.

Nessa perspectiva, dentro do ramo do direito contratual tem-se a aplicabilidade do princípio da autonomia das partes, que se expressa “*na liberdade propriamente dita de contratar, de estipular o contrato e seu conteúdo*”<sup>21</sup> que, contudo, não é absoluta, tendo em vista que está sujeita à “*limitações maiores ou menores ditadas pela equação do bem individual com o bem comum*”<sup>22</sup>.

STRENGER, referindo-se ao conceito formulado por CALEB, define a autonomia da vontade como a “*faculdade concedida aos indivíduos de exercer sua vontade, tendo em vista a escolha e a determinação de uma lei aplicável a certas relações jurídicas nas relações internacionais, derivando ela da confiança que a comunidade internacional concede ao indivíduo no interesse da sociedade, e exercendo-se no interior das fronteiras determinadas de um lado pela noção de ordem pública e de outro pelas leis imperativas, entendendo-se que, em caso de conflito de qualificação, entre um sistema facultativo, a propósito de uma mesma relação de direito, a questão fica fora dos quadros da autonomia, do mesmo modo que ela somente se torna eficaz na medida em que pode ser efetiva*”<sup>23</sup>.

---

<sup>18</sup> ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. *Inter-American Convention on the Law applicable to International Contracts*, Traduzido pela autora. Disponível online em: <http://www.oas.org/juridico/English/Treaties/b-56.html>. Acesso em: 13.04.2016.

<sup>19</sup> F. GALGANO. *Lex mercatoria...*, p. 232.

<sup>20</sup> GALIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil – Vol. IV*, 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 35.

<sup>21</sup> M. BASSO. A Autonomia da Vontade nos Contratos Internacionais de Comércio, In: *Direito e Comércio Internacional – Tendências e Perspectivas, Estudos em Homenagem ao Professor Irineu Strenger*, São Paulo, LTr, p. 42.

<sup>22</sup> I. STRENGER. *Direito do Comércio Internacional e Lex Mercatoria*, São Paulo, LTr, 1996, p. 89.

<sup>23</sup> STRENGER, Irineu. *Contratos Internacionais do Comércio...*, p. 300.



De acordo com DINIZ, o princípio da autonomia das partes consiste no poder das partes “*de estipular livremente, como melhor lhes convier, mediante acordo de vontades, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica*”<sup>24</sup>.

Com efeito, tanto na perspectiva do direito internacional privado, quanto no âmbito do ordenamento jurídico interno, a autonomia da vontade apresenta as mesmas características, com a diferença fundamental de que, no primeiro caso, há a possibilidade de escolha da lei aplicável ao contrato<sup>25</sup>, ou seja, a autonomia das partes funcionaria como um elemento de conexão (autonomia conflitual).

Nesse sentido, além do elemento de internacionalidade, outra diferença entre contratos nacionais e internacionais reside na extensão da aplicação do princípio da autonomia das partes. Nos primeiros, não se pode justificar, na grande maioria dos casos, a atribuição às partes de uma autonomia que possa excluir totalmente a aplicação de qualquer lei nacional. Já em relação aos segundos, as partes podem geralmente escolher a lei aplicável e, até mesmo, optar por regulamentos anacionais para reger a relação contratual.

Assim, a definição do termo *autonomia da vontade* possui sentidos diversos, dependendo do ramo jurídico em que é aplicada. No âmbito do direito interno, a autonomia da vontade representa a liberdade de escolher o conteúdo do contrato dentro dos limites impostos pela lei. Contudo, no plano internacional, a autonomia da vontade abrange a possibilidade das partes optarem por um sistema jurídico qualquer para a regulação de determinado contrato<sup>2627</sup>.

Nesse contexto, RAMOS leciona que “*a liberdade das convenções na ordem internacional seria um princípio de valor semelhante ao da liberdade das convenções na ordem interna - e como ele sujeito por isso a limites, que se traduzissem por aquelas hipóteses em que tal liberdade não existisse. Hipóteses que na ordem interna resultariam demarcadas pela previsão das regras imperativas, e que, na ordem internacional, se*

---

<sup>24</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extra-contratuais*. Vol. 3, 12 ed., Saraiva: São Paulo, 1997, p. 31.

<sup>25</sup> E LOQUIN. *Où est la lex mercatoria?*, In LEBÈN, Charles; LOQUIN, Eric; SALEM, Mahmoud (org), *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle, à propôs de 30 ans de recherche du CREDIMI, mélanges em l'honneur de Philippe Kahn*, Litec, 2000, p. 42.

<sup>26</sup> ARAÚJO, Nádia de. *Contratos Internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, 4ª ed., p. 7.

<sup>27</sup> No mesmo sentido, pode-se mencionar as lições de DEL'OMO, ao afirmar que a autonomia da vontade, em sede de direito internacional privado, representa “*direito de as partes elegerem a lei que vai disciplinar o ato*”. DEL'OMO, Florisbal Souza. *Direito Internacional Privado: abordagens fundamentais, legislação, jurisprudência*, Rio de Janeiro: Forense, 4ª ed., 2004, p. 134.

resumiriam ao reclamado pela ideia de ordem pública”<sup>28</sup>. No entanto, superando esses limites, seria a vontade das partes que serviria para a determinação da lei aplicável.

FRIGNANI comenta que o “*invito a porsì da una prospettiva che tenga maggiormente conto del dato fattuale*”, ou seja, a autonomia da vontade, nos contratos internacionais não é excludente em relação à escolha da lei nacional, mas pode expandir-se e, até mesmo criar regulamentos próprios para aquela relação jurídica e que seriam aplicados em razão das normas clássicas do direito internacional privado<sup>29</sup>.

ARAÚJO, por sua vez, brilhantemente conclui que “*na ordem interna, a autonomia significa que as partes podem fixar livremente o conteúdo dos contratos dentro dos limites da lei, ou seja, em face das normas imperativas da ordem pública. É o poder reconhecido pela ordem jurídica e aos indivíduos de criar situações jurídicas*”. Já no âmbito do direito internacional, a autonomia da vontade “*significa a liberdade das partes de escolherem outro sistema jurídico para regular o contrato*”<sup>30</sup>. Assim, a autonomia das partes tem mais extensão no âmbito internacional, pois permite às partes optarem por um sistema jurídico totalmente desvinculado ao direito estatal, desde que respeitadas a ordem pública e as normas imperativas não derogáveis por acordo, conforme veremos a diante.

Outra diferença fundamental ao presente estudo, reside nos conceitos de autonomia das partes e autonomia privada. Apesar de muitos juristas não distinguirem referidos conceitos<sup>31</sup>, é importante asseverar que o princípio da autonomia privada se traduz na liberdade de contratar, enquanto o princípio da autonomia das partes se refere à possibilidade de escolha pelas partes da lei aplicável ao contrato<sup>32</sup>.

---

<sup>28</sup> RAMOS, Rui Manuel Ramos. *A lei aplicável ao contrato de trabalho internacional...*, p. 431.

<sup>29</sup> FRIGNANI, Aldo. *Il diritto del commercio internazionale*. Ipoa Informatica, Milano, 1986, p. 43 e ss.

<sup>30</sup> ARAÚJO, Nádia. *Contratos internacionais...*, p. 43.

<sup>31</sup> Nesse sentido, PINTO defende que “*o negócio jurídico é uma manifestação do princípio da autonomia privada ou da autonomia da vontade, subjacente a todo o direito privado. A autonomia da vontade ou autonomia privada consiste nio poder reconhecido aos particulares de auto-regulamentação dos seus interesses, de autogoverno da sua esfera jurídica. Significa tal princípio que os particulares podem, no dompinio da sua convivência com os outros sujeitos jurídico-privados, estabelecer a ordenação das respectiuvas relações jurídicas. Esta ordenação das suas relações jurídicas, este autogoverno da sua esfera jurídica, manifesta-se, desde logo, na realização de negócios jurídicos, de actos pelos quais os particulares ditam a regulamentação das suas relações, constituindo-se, modificando-as, extinguindo-as e determinando o seu conteúdo*”. PINTO, Carlos Alberto Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora: 2005.

<sup>32</sup> Segundo RAMOS, “*da mesma forma que a liberdade contratual ou autonomia privada de que gozam os indivíduos no domínio do direito privado é uma criação da ordem jurídica, também a liberdade de escolha da lei aplicável ou autonomia das partes se apresentaria como algo de dependente consagração de um determinado legislador (de conflitos: interno ou internacional*”. RAMOS, Rui Manuel Ramos. *A lei aplicável ao contrato de trabalho internacional...*, p. 431.

No âmbito dos contratos internacionais, a autonomia privada deve respeitar o livre exercício da autonomia das partes. Nos ensinamentos de STRENGER, “*a força da autonomia da vontade, praticamente concentra-se no contrato que, sendo uma relação entre sujeitos de direito, é, em consequência, o campo mais abrangido por essa categoria jurídica, notadamente porque a relação obrigacional se estabelece entre as pessoas*”<sup>33</sup>.

De fato, não restam dúvidas de que, atualmente, o princípio da autonomia da vontade das partes é o grande motor dos atos jurídicos e, notadamente, dos contratos internacionais<sup>34</sup>. Existe, todavia, uma limitação à aplicação do princípio no que diz respeito à escolha da lei aplicável, conforme veremos nos capítulos seguintes.

Em que pese a existência dessas limitações, ARAÚJO destaca que um dos tópicos mais relevantes no que toca ao papel da autonomia da vontade seria referente à determinação do direito aplicável aos contratos internacionais<sup>35</sup>, tendo em vista que, de fato, “*a autonomia das partes, no DIPr, tem por objeto a designação de uma lei aplicável ao contrato*”<sup>36</sup>. No mesmo sentido, RECHSTEINER defende que é exatamente em relação à possibilidade de livre eleição da lei aplicável aos contratos internacionais que se insere a autonomia da vontade<sup>37</sup>.

De certo, a possibilidade de as partes escolherem livremente o direito que será aplicado ao contrato traz maior segurança e certeza à relação jurídica e assume “*relevo de primeira grandeza*”<sup>38</sup> no âmbito internacional, além de desempenhar um importante papel para a harmonização do DIP.

Sobre esse ponto, ARAÚJO leciona que o objetivo da harmonização “*é suprimir ou atenuar as disparidades entre as disposições de direito interno, e isso deve ser feito pela adoção de normas jurídicas, que promovam a redução ou ainda a eliminação das diferenças entre aquelas hoje existentes*”<sup>39</sup>.

---

<sup>33</sup> STRENGER, Irineu; *Da Autonomia da Vontade*, 2ª Ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 70.

<sup>34</sup> STRENGER, Irineu. *Da Autonomia da Vontade...*, prefácio.

<sup>35</sup> ARAÚJO, Nádia de. *Contratos Internacionais...*, p. 23.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 51.

<sup>37</sup> RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito Internacional Privado – Teoria e Prática*. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva.

<sup>38</sup> RAMOS, Rui Manuel Ramos. *A lei aplicável ao contrato de trabalho internacional...*, p. 463.

<sup>39</sup> ARAÚJO, Nádia de. *Contratos Internacionais...*, p. 14.

### 1.3. A autonomia das partes nas Convenções Internacionais

As Convenções Internacionais são essenciais para a uniformização das regras de DIP, inclusive no que se refere às normas de conexão dos ordenamentos jurídicos internos dos Estados, o que confere maior segurança e clareza às transações comerciais. Apesar de diversos ordenamentos internos não reconhecerem o princípio da autonomia das partes – ou limitarem demasiadamente a sua aplicação (conforme veremos a seguir), a sua consolidação se faz presente em diversas Convenções Internacionais.

Nesse contexto, a primeira Convenção que tratou sobre o tema foi a de Haia, em 1955, no artigo 2.º, no capítulo referente às “*Vendas de Caráter Internacional de Objetos Móveis*”, dispondo que “*a venda é regida pela lei interna do país designado pelas partes contratantes*”.

Posteriormente, por iniciativa da ONU, foi criada a Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (“UNCITRAL”), que resultou na elaboração da Convenção de Viena sobre a Compra e Venda Internacional, em 1988. Referida instrumento internacional manteve o posicionamento favorável à aplicação do princípio da autonomia das partes nos seus artigos 6.<sup>o40</sup> e 7.<sup>o41</sup>.

Ademais, embora restrita aos países integrantes da União Europeia, outro instrumento internacional essencial para o desenvolvimento do princípio objeto deste estudo foi a Convenção sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais (“Convenção de Roma”), assinada em 1980, que estabeleceu a liberdade das partes contratantes como a principal forma de determinação da lei aplicável ao contrato internacional, consagrando a ideia da autonomia da vontade das partes, o que representa um importante exemplo de harmonização e uniformização do DIP.

Em 2008, em substituição à Convenção de Roma, entrou em vigor o Regulamento (CE) n.º 593/2008 (“Regulamento”), o qual dispõe, no seu artigo 11.º, que “*a liberdade das partes escolherem o direito aplicável deverá constituir uma das pedras angulares do sistema*

---

<sup>40</sup> As partes podem excluir a aplicação da presente Convenção ou, sem prejuízo no disposto no artigo 12.º, derrogar qualquer das suas disposições ou modificar-lhes os efeitos.

<sup>41</sup> 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. Essa escolha poderá referir-se à totalidade do contrato ou a uma parte do mesmo. A eleição de determinado foro não implica a escolha do direito aplicável.

*de normas de conflitos de leis em matéria de obrigações contratuais*". O referido Regulamento será estudado de forma específica no tópico (1.7.1).

Por sua vez, a Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais ("Convenção do México"), resultado da CIDIP V<sup>42</sup>, também representou um notável avanço no tema dos contratos internacionais no continente americano, pois consagrou a possibilidade de escolha do direito aplicável pelas partes, especialmente em seu artigo 7.º, ao dispor que "*o contrato rege-se pelo direito escolhido pelas partes*".

Além das Convenções citadas, outros tratados mostram-se favoráveis à aplicação do princípio da autonomia das partes, dentre os quais, pode-se destacar o Código de Bustamante<sup>43</sup>, a Convenção de Haia de 1986<sup>44</sup>, e, mais recentemente, os Princípios de Haia<sup>45</sup>.

Outro instrumento essencial para a uniformização do DIP e das práticas comerciais são os princípios UNIDROIT, elaborados pelo Instituto para a Unificação do Direito Privado. Os referidos princípios também consolidam, no seu artigo 1.1, a possibilidade de aplicação do princípio da autonomia aos contratos internacionais, ao dispor que "*the parties are free to enter into a contract and to determine its content*"<sup>46</sup>.

É evidente que existem críticas à aplicação do princípio da autonomia da vontade no âmbito do DIP, considerando a possibilidade de degradação da lei interna dos Estados. Nesse contexto, RAMOS leciona que a principal crítica reside em que "*aceitar que é às partes que compete em primeira linha a opção sobre a qual a lei a aplicar a um determinado contrato, seria, afinal, admitir que, por força dessa mesma vontade, determinadas regras e princípios competentes deixassem de reger as relações contratuais em questão*"<sup>47</sup>.

---

<sup>42</sup> A Convenção do México foi ratificada apenas pelo México e Venezuela e são signatários a Bolívia, Brasil, México, Uruguai e Venezuela. Disponível *online* em: [http://www.oas.org/DIL/private\\_international\\_law.htm](http://www.oas.org/DIL/private_international_law.htm). Acesso em: 18.05.2017.

<sup>43</sup> *Código de Direito Internacional Privado*, elaborado na Convenção de Direito Internacional Privado em Havana, em 20.02.1928.

<sup>44</sup> *Convenção sobre a Lei Aplicável aos Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias*. Vide o artigo 7.º: "(1) O contrato de compra e venda rege-se-á pela lei escolhida pelas partes. O acordo das partes sobre a lei aplicável deverá ser expresso ou resultar claramente das estipulações do contrato e do comportamento das partes, considerados em seu conjunto. Tal escolha poderá limitar-se a uma parte do contrato. (2) A qualquer momento, as partes podem acordar que o contrato se submeta, no todo ou em parte, a uma lei diferente daquela que regia o contrato previamente, independentemente de ter sido tal lei escolhida pelas partes. Qualquer modificação quanto à determinação da lei aplicável ocorrida posteriormente à conclusão do contrato, não causa prejuízos à sua validade formal ou aos direitos de terceiros".

<sup>45</sup> Princípios da Escolha de Lei aplicável aos Contratos Internacionais, concluídos em 20.03.2015.

<sup>46</sup> Disponível *online* em: <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/integralversion-principles2010-s.pdf>. Acesso em: 23/04/2017.

<sup>47</sup> RAMOS, Rui Manuel Ramos. *A lei aplicável ao contrato de trabalho internacional...*, p. 429.

RAMOS comenta, ainda sobre esse ponto, que para muitos juristas a aplicação da autonomia da vontade “*redundaria em consentir no afastamento da lei pela vontade das partes, degradando por esta forma aquela e fazendo desta a fonte da solução dos casos afectados por elementos de estraneidade*”<sup>48</sup>.

Contudo, atualmente, o reconhecimento da importância do princípio da autonomia das partes para a evolução dos contratos internacionais, bem como para o respeito da vontade das partes contratantes, é absolutamente crucial para o progresso do comércio internacional, pois oferece a segurança jurídica necessária para a conclusão e deslinde dos negócios e supre as lacunas existentes no direito interno.

Nesse sentido, RAMOS brilhantemente conclui que “*são pois os imperativos de certeza e segurança que nas relações contratuais internacionais assumem relevo de primeira grandeza que, aliados à particular natureza destas situações, justificam que em relação a elas se pratique a designação pelas partes, da lei aplicável*”<sup>49</sup>.

#### **1.4. A evolução do conceito da autonomia das partes no direito internacional privado**

Inicialmente, é importante mencionar que é considerado, de maneira geralmente aceite pela doutrina, que o antecedente imediato do princípio da autonomia das partes é a doutrina do individualismo<sup>50</sup>, segundo a qual se concede à pessoa humana “*um primado, uma supervalorização relativamente à sociedade*”<sup>51</sup>.

De acordo com WALLINE, o individualismo pode ser considerado, em primeiro lugar, como “*um sistema em que se admite que o indivíduo é a única fonte de todas as regras do direito, a causa final de toda a atividade jurídica das instituições, notadamente do Estado*”<sup>52</sup>. Em segundo lugar, um sistema em que o indivíduo é a própria fonte das regras

---

<sup>48</sup> *Ibidem*.

<sup>49</sup> RAMOS, Rui Manuel Ramos. *A lei aplicável ao contrato de trabalho internacional...*, p. 463.

<sup>50</sup> Como nota, ressalta-se que diversos aspetos ou vertentes podem ser vistos por meio da doutrina individualista e todos estes aspetos estão intimamente ligados ao processo de formação histórico do conceito de autonomia privada. Nesse sentido, vale citar as considerações de AMARAL NETO que menciona o seguinte: “*filosoficamente, o individualismo explica os fenômenos históricos e sociais como decorrência da atividade consciente e interessada dos indivíduos. Nesse sentido, contrapõe-se ao materialismo histórico que vê a explicação dos fenômenos sociais nas correntes de massa de origem puramente interessada e material. Politicamente, o individualismo opõe-se ao estatismo e à intervenção do Estado. Por outro lado, opõe-se também ao confortismo e ao tradicionalismo*”. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. In: *Revista de Informação Legislativa*, ano 26, n.º 102, edição de abril/junho, Brasília, 1989, p. 217.

<sup>51</sup> *Ibidem*.

<sup>52</sup> WALLINE, Marcel. *L'Individuelisme et le Droit*, deuxième édition, Paris, Édition Domat, 1949, p. 27.

do direito ou, em terceiro e último lugar, “*um sistema em que a legislação sofre influência do individualismo político e consagra as instituições mais favoráveis ao indivíduo, sendo esta última, a mais comum*”<sup>53</sup>.

No mais, pode-se encontrar origens da autonomia das partes no direito romano, no direito canônico, na escola do direito natural, na filosofia política do contrato e no liberalismo econômico<sup>54</sup>.

CRUZ leciona que o direito romano consagrou a *lex privata* como a primeira forma de expressão do *ius civile* e que essa *lex* era composta de uma declaração solene com valor de norma jurídica estabelecida entre as partes<sup>55</sup>. Dessa forma, o direito romano consagrava a vontade individual das partes em estabelecer as normas que regiriam determinada relação jurídica.

Posteriormente, o Cristianismo “*coloca o homem no centro das reflexões de ordem religiosa, filosófica e social, e dogmatiza, no direito canônico, a declaração de vontade como fonte de obrigações jurídicas*”<sup>56</sup>.

Nas lições de CORREIA, o contratante estaria obrigado por sua própria palavra e consciência a respeitar o acordo celebrado, sendo observado o pressuposto de que a palavra não tenha sido dada por uma causa ilícita ou imoral<sup>57</sup>. Assim, considerando como “pecado” a violação da palavra dada, o direito canônico consagrou o acordo de vontades não só como fontes de obrigações morais, mas também religiosas.

Salienta-se que o princípio da autonomia da vontade das partes no direito internacional é firmado com os glosadores<sup>58</sup>, tendo sido reconhecido o poder particular das partes em escolher a lei aplicável aos contratos. AMARAL comenta que “*a vontade particular passa a estabelecer o critério de solução de conflitos de leis em matéria contratual e, assim, a ser fonte de direito*”<sup>59</sup>.

Observa-se, com o passar dos anos, a substituição da ideia da origem divina do direito pela das liberdades naturais, difundida pela escola do direito natural. Nesse sentido,

---

<sup>53</sup> *Ibidem*.

<sup>54</sup> AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *A autonomia privada...*, p. 218.

<sup>55</sup> CRUZ, Sebastião. *Direito Romano*, Coimbra, 1980, p. 202.

<sup>56</sup> AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *A autonomia privada...*, p. 218.

<sup>57</sup> CORREIA, Antonio Ferrer. *Erro na Interpretação na Teoria do Negócio Jurídico*, 3ª Tiragem, Coimbra, Livraria Almedina, 1985.

<sup>58</sup> Em especial com BARTOLO DE SAXOFERRATO (1314-1357).

<sup>59</sup> AMARAL NETO, Francisco dos Santos, *A autonomia privada...*, p. 219.

WEIL e TERRÉ declaram que “*existem leis da natureza descobertas pela razão que devem dominar as legislações. Essas leis fundamentam e favorecem a sociedade dos homens. Ora, não há regra mais favorável à sociedade dos homens que aquela que consiste em dizer que se é obrigado pelo contrato porque se quis isso. O contrato é a manifestação da vontade humana, e a liberdade contratual uma das liberdades naturais*”<sup>60</sup>.

No plano filosófico, a teoria do contrato social<sup>61</sup> de ROUSSEAU contribuiu para a difusão da existência da autonomia da vontade das partes. Por meio desta teoria, os indivíduos cederiam uma parcela dos seus direitos subjetivos naturais para formar uma sociedade, por meio do contrato social. Dessa forma, a vida em sociedade não seria possível se cada indivíduo exercesse ao máximo a sua liberdade individual.

Outro filósofo essencial para a evolução do conceito foi KANT, ao afirmar que “*a vontade individual é a única fonte de toda obrigação jurídica*”<sup>62</sup>. LÔBO descreve que, para KANT, a autonomia “*é o campo de liberdade, porque os seres humanos podem exercer suas escolhas e estabelecer suas regras para si mesmos, coletiva ou individualmente*”<sup>63</sup>.

De acordo com STRENGER, KANT “*procura indicar a autonomia da vontade como uma propriedade mediante a qual a vontade constitui uma lei por si mesma, independentemente de qualquer propriedade dos objetos do querer*”<sup>64</sup>.

Com efeito, KANT defende que por serem dotados de racionalidade e, portanto, de autodeterminação os seres humanos se distanciam dos demais animais, pois podem se estabelecer de acordo com a moral e a ética, razão pela qual são autônômos.

RAWLS confirma a análise supramencionada, ao concluir que “*(...) ele (Kant) supõe que aqui que denomina ‘razão humana comum’ (gemein menschvernunft), que todos compartilhamos, julga mais ou menos da mesma maneira; nem mesmo o filósofo pode ter princípios (morais) diferentes daqueles próprios à razão humana ordinária*”<sup>65</sup>.

Por sua vez, HABERMAS debateu alguns pontos importantes sobre os fundamentos do princípio da autonomia defendidos por KANT. De acordo com as suas afirmações, existiria uma diferença fundamental entre autonomia (*Willkur*) e liberdade

---

<sup>60</sup> WEIL, Alex; TERRÉ, François. *Droit Civil, les Obligations*, Paris Dalloz, 1975, p. 51.

<sup>61</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques, *O Contrato Social*, 1762.

<sup>62</sup> KANT, Emmanuel. *Grundlung zur metaphysik der sitten*, trad. de Paulo Quintela, São Paulo, abril Cultural, 1980, p. 144.

<sup>63</sup> LÔBO, Paulo. *Direito Civil – Contratos*, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 58.

<sup>64</sup> STRENGER, Irineu. *Da autonomia da Vontade*, 2ª Ed. São Paulo: Ltr, 2000, p. 50.

<sup>65</sup> RAWLS, John. *História da Filosofia Moral*, 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.19.



subjetiva (*freie wille*)<sup>66</sup> e que a racionalidade não dependeria direta e exclusivamente do sujeito, mas sim da intersubjetividade<sup>67</sup>.

Nesse contexto, a liberdade subjetiva, de acordo com o filósofo, diz respeito à uma vontade determinada por máximas de prudência e motivos racionais. Assim, uma pessoa poderia ser mais livre do que as outras, a depender do seu juízo de valores morais<sup>68-69</sup>. Já a autonomia pressuporia um diálogo entre os membros de determinado universo, ou seja, “uma pessoa só pode ser livre se todas as demais forem igualmente<sup>70</sup>”.

Em verdade, a principal diferença entre os pensamentos de KANT e HABERMAS está na análise e extensão da subjetividade. LIMA destaca que “*a subjetividade encontra-se apenas na Liberdade de Escolha, na qual, eu, a partir de minhas preferências e a partir de um juízo de prudência, irei determinar quais ações tomar e, até mesmo, quais não tomar*”<sup>71</sup>. Por isso, a afirmação de que certos indivíduos seriam mais livres do que os demais. Por outro lado, a autonomia não pressuporia subjectividade, pois HABERMAS defende que uma pessoa só poderia ser livre se as demais também o forem, de maneira a defender uma autonomia universal.

No campo econômico, a ideia da autonomia da vontade como forma de poder jurídico também ganha força com a doutrina do liberalismo, “*pelo qual o livre jogo das vontades particulares assegura o máximo de produção e os preços mais baixos, como efeito da livre concorrência*”<sup>72</sup>. Conforme menciona AMARAL, “*o instrumento é o contrato que deve ser preservado como produto da liberdade integral de suas partes, afastados os obstáculos à livre circulação dos bens. É o princípio do laissez-faire, laissez-passer, laissez-contracter*”<sup>73</sup>.

No âmbito do Direito Internacional Privado, são com as ideias de DUMOULIN que o princípio da autonomia da vontade se desenvolveu, por meio da tese exposta em parecer

---

<sup>66</sup> HABERMAS, Jurgen. *A Ética da Discussão e a Questão da Verdade*, 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 12.

<sup>67</sup> *Ibidem*, p. 7.

<sup>68</sup> HABERMAS, Jurgen. *A Ética da Discussão e a Questão da Verdade...*, p. 13.

<sup>69</sup> LIMA, Andrei Ferreira de Araújo. A autonomia da vontade e cláusula de eleição de lei nos contratos internacionais – um estudo com ênfase no direito brasileiro, *Tese de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, p. 13.

<sup>70</sup> HABERMAS, Jurgen. *A Ética da Discussão...*, p. 13.

<sup>71</sup> LIMA, Andrei Ferreira de Araújo. *A autonomia da vontade...*, p. 13.

<sup>72</sup> STARK, Boris. *Obligations*, Paris, Librairies Techniques, 1972, p. 341.

<sup>73</sup> AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *A autonomia privada...*, p. 220.

sobre o caso *Affaire Ganey*, em 1525<sup>74</sup>. De acordo com as conclusões do jurista, com relação ao regime de bens do casal, não deveria ser considerado o local da celebração do casamento, mas sim o local desejado pelas partes, independentemente das regras de conexão de foro onde havia ocorrido ou o local em que se encontravam os bens do casal.

Ainda no mesmo parecer defendeu-se a ideia de que na ausência de escolha expressa das partes em relação ao direito aplicável deveria o juiz ponderar o contexto e as circunstâncias específicas do caso e definir o direito que as partes presumivelmente teriam escolhido<sup>75</sup>.

Posteriormente, com o Código Civil francês, o princípio da autonomia da vontade foi finalmente consagrado. Nos termos do artigo 1.134.º do referido diploma legal, “*as convenções legalmente estabelecidas fazem lei entre as partes*”.

Justamente, de acordo com GONÇALVES, o princípio “*teve seu apogeu após a Revolução Francesa, com a predominância do individualismo e a pregação de liberdade em todos os campos, inclusive no contratual*” e, ainda, afirma que “*como a vontade manifestada deve ser respeitada, a avença faz lei entre as partes, assegurando a qualquer delas o direito de exigir o seu cumprimento*”.

Após a entrada em vigor do Código Civil Francês, a ideia central do princípio da autonomia das partes vem se difundindo gradualmente em outras legislações nacionais, apesar de ser há muito amplamente reconhecido no âmbito das Convenções Internacionais, conforme visto no capítulo anterior.

---

<sup>74</sup> Sobre este ponto, ARAÚJO explica que no parecer, DUMONLIN se pronunciava favoravelmente à aplicação da Lei de Paris ao regime matrimonial do casamento ali realizado, por ter sido esse o primeiro domicílio conjugal do casal, o que indicava tacitamente a sua preferência por essa lei para reger o conjunto de seus bens. Casando-se sem contrato e sem expressa indicação do direito aplicável, a escolha tácita das partes só poderia ser aquela do seu primeiro domicílio comum. Pretendia Dumoulin a existência de um Princípio segundo o qual, nas relações contratuais conectadas a mais de um sistema jurídico, poderiam as partes determinar a lei aplicável àquela relação jurídica, em seu bojo, independentemente do que determinavam as regras de conexão do foro onde a questão poderia vir a ser julgada. Sua teoria foi aplicada na hipótese da comunhão matrimonial de bens, no parecer para o casal Ganey. Entendia Dumoulin que a convenção feita pelos cônjuges sobre os bens era um contrato, e como tal, seu estatuto regulador não devia ser o do lugar onde fora celebrado, mas aquele do lugar desejado pelas partes, em razão da autonomia que possuíam as partes para escolhê-lo. Quando essa eleição fosse expressa, devia ser respeitada, e quando tácita, interpretada. ARAÚJO, Nádia de. *Contratos internacionais...*, pp. 54 e 55.

<sup>75</sup> ARAÚJO, Nádia de. *Contratos internacionais...*, p. 44.

## 1.5. Fundamentos do princípio da autonomia das partes

O princípio da autonomia das partes tem como principal fundamento a liberdade contratual, ou seja, a existência da possibilidade de as partes estipularem, de acordo com a sua vontade, as cláusulas que regem os seus direitos, obrigações e responsabilidades em caso de eventual inadimplemento e, inclusive, a lei aplicável ao contrato e ao procedimento arbitral em caso de eventuais conflitos.

Dessa forma, e corroborando com o pressuposto descrito acima<sup>76</sup>, de acordo com AMARAL, liberdade contratual “se entende como a possibilidade de opção, como a liberdade de fazer ou de livre arbítrio, ou, ainda, sociologicamente, como ausência de condicionamentos materiais e sociais”<sup>77</sup>. Por outro lado, sob a ótica jurídica, tal liberdade consiste no poder de realizar ou não realizar, todo ato não proibido por lei<sup>78</sup>.

Com efeito, a maior parte dos ordenamentos jurídicos estatais, conforme veremos a seguir, permite que os particulares tenham um livre espaço para o exercício do seu próprio poder jurídico, tendo em vista que quando tratamos de relações jurídicas de direito privado os particulares são os que conhecem seus interesses e a melhor forma de regulá-los.

RAMOS comenta que a autonomia e, portanto, a liberdade que as partes teriam na escolha da lei aplicável se traduziria em um poder derivado, porquanto seria dependente de consagração legislativa. Em outras palavras, a liberdade internacional passa a ser “*concebida como um postulado dessa mesma ordem jurídica e por esse facto igualmente dependente de consagração do legislador e encontrando respaldo na sua autoridade*”<sup>79</sup>. Assim, a liberdade concedida às partes não seria autônoma da ordem jurídica estatal, mas sim, dependente desta, que autoriza ou não a possibilidade da lei aplicável, bem como os limites ao princípio da autonomia da vontade.

Afirmar que a autonomia consiste em poder conduz à percepção complexa dos contratos e colabora com a compreensão do fenômeno da autonomia contratual<sup>80</sup>

---

<sup>76</sup> STOF, Giuseppe. *Teoria del Negozio Giuridico*, trad. Esp de JAIME SANTOS BRIZ, Madrid, 1959, p. XII.

<sup>77</sup> AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *A autonomia privada...*, p. 216.

<sup>78</sup> MAYNEZ, Eduardo Garcia. *Filosofia des Derecho*, México, Editorial Porrúa S/A, 1974, p. 389.

<sup>79</sup> RAMOS, Rui Manuel Ramos. *A lei aplicável ao contrato de trabalho internacional...*, p. 432.

<sup>80</sup> POMPEU, Renata Guimarães. O exercício da autonomia privada como expressão da concidadania: por uma visão crítico-reconstrutiva da relação jurídica contratual, *Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais*, Belo Horizonte, 2012, p. 25.

FERRI bem expressa a noção jurídica de poder que acompanha a autonomia das partes, ao afirmar que *“es mediante el poder jurídico como los intereses, las necesidades, las ideologías, las pasiones y el sentimiento de justicia influyen sobre el derecho, determinan su continua evolución. El poder se encuentra precisamente en el confín entre el mundo jurídico, que es el mundo de la abstracción, de los esquemas, y el mundo concreto de la vida, con sus necesidades y sus ideales; entre el mundo de la norma, que es fijeza, estabilidad, y el mundo de la realidad social, que es evolución, cambio”*<sup>81</sup>.

Salienta-se que a ordem jurídica deve tutelar a liberdade privada e o seu poder derivado, intervindo apenas quando a manifestação dessa liberdade acarretar em abuso ou invadir a esfera de liberdade dos demais indivíduos.

Como bem comenta RAMOS, *“a defesa de uma autonomia contratual, da possibilidade de determinação, pelas partes, da substância e efeitos dos contratos, confunde-se assim com o espaço de liberdade e desenvolvimento da personalidade humana, enquanto o bem comum e os interesses de terceiros não sejam afectados”*<sup>82</sup>.

O poder jurídico revelado pela autonomia contratual é regulado pelo Direito, sendo que o espaço para o seu desenvolvimento é o próprio ordenamento. Sobre este ponto, POMPEU defende que *“a autonomia representa verdadeiro fenómeno jurídico de recepção de normas, sua atuação se dá nesse universo reconhecido pelo Direito para que seja considerada válida”*<sup>83</sup>.

Portanto, pode-se concluir que a liberdade contratual que permite que as partes escolham a lei aplicável ao contrato pode ser traduzida no poder destas de regulamentar certas relações jurídicas. O referido poder de faculdade das partes assegura a certeza e a segurança das transacções económicas internacionais, tendo em vista que, frequentemente, na falta de escolha, a lei aplicável somente é conhecida em caso de litígio, considerando-se a imprevisibilidade do foro em que as partes vão fazer valer os seus conflitos.

---

<sup>81</sup> FERRI, Luigi. *La Autonomia Privada. Madri*: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969, p. 233.

<sup>82</sup> RAMOS, Rui Manuel Ramos. *A lei aplicável ao contrato de trabalho internacional...*, p. 459.

<sup>83</sup> R. G. POMPEU. *O exercício...*, p. 26.

## 1.6. Limitações ao princípio da autonomia da vontade das partes

A ideia da intervenção do Estado nas relações jurídicas se torna necessária na medida em que há invasão da esfera jurídica dos indivíduos. Em outras palavras, a comunidade jurídica deve ser pensada como uma justaposição de interesses, cuja limitação se encontra no momento em que se inicia a esfera jurídica de outro indivíduo ou do próprio Estado.

Assim, pode-se afirmar que a comunidade jurídica tem o poder de liberdade, i.e., de efetivamente exercer seu direito de escolha, mas, ao mesmo tempo, deve se conformar com a ideia da existência de normas estatais que objetivam a garantia, a tutela e complementação da liberdade individual<sup>84</sup>.

Nessa linha de raciocínio, o princípio da autonomia das partes encontra limitações, a partir do momento em que a aplicação de uma norma estrangeira ou, até mesmo, um ordenamento anacional (como é o caso da *lex mercatoria*), contraria os valores tradicionais e a base jurídica de uma nação. Em outras palavras, é certo que a ordem pública é um elemento limitador à autonomia.

STRENGER define a ordem pública como “*o conjunto de princípios incorporados implícita ou explicitamente na ordenação jurídica nacional, que poder serem consideradas para a sobrevivência do Estado e salvaguarda de seu caráter próprio, impedem a aplicação do direito estrangeiro que os contradiga, ainda que determinado pela regra de conflitos*”<sup>85</sup>.

Com efeito, a definição do conceito de ordem pública é controvertido e complexo, pois envolve princípios de ordem moral, filosófica e jurídica. Contudo, não se pretende abrir essa discussão no presente estudo, bastando apenas explanar a ideia de que a ordem pública é uma barreira à aplicação da autonomia privada na escolha da lei aplicável e que, dessa forma, causa alguns efeitos relevantes.

Salienta-se que a ordem pública não assume a mesma extensão no âmbito internacional e no âmbito interno. Em relação ao Direito Internacional, a ordem pública impede a aplicação de leis estrangeiras, bem como o reconhecimento de atos praticados no exterior e sentenças que desrespeitem o sistema jurídico interno. Por outro lado, em sede de

---

<sup>84</sup> Disponível *online* em: <http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/41429/M649.pdf?sequence=1>. Acesso em: 20/05/2017.

<sup>85</sup> STRENGER, Irineu. *Direito Internacional Privado*..., p. 36.

direito interno, a ordem pública se traduz apenas como um princípio limitador da vontade das partes, cuja aplicação não pode ser afastada.

De fato, a análise referente ao desrespeito à ordem pública deve ser feita em relação a cada caso, tratando-se, em certa medida, da discricionariedade do juiz. Se reconhecido o desrespeito a norma de ordem pública, cabe o afastamento da lei estrangeira ou a nacional e a aplicação, em muitos casos, da *lex fori*.

Dessa forma, as normas de ordem pública são aplicadas com o intuito de proteger o direito nacional, todavia, deve ser utilizada com discricionariedade e apenas para a manutenção do equilíbrio entre a sociedade internacional e os fundamentos do direito interno<sup>86</sup>.

Além da ordem pública, a aplicação da lei escolhida deve respeitar a necessidade de salvaguarda de normas de interesses públicos, de terceiros e da parte mais fraca na relação jurídica.

Por conseguinte, em primeiro lugar, deve-se sempre considerar as normas de aplicação imediata ou necessária do Estado do lugar da conduta lesiva, como por exemplo, as disposições administrativas locais que qualifiquem certas condutas como ilícitas ou, ainda, disposições civis que proíbam eventual cláusula de exclusão de responsabilidade.

Conforme lecciona VICENTE, “a aplicação da lei escolhida não pode funcionar em prejuízo dos interesses de terceiros (como, por exemplo, uma companhia seguradora)”<sup>87</sup>. E, ainda, se deve verificar se a relação contratual envolve consumidores ou trabalhadores ou quaisquer partes que sejam hipossuficientes e frágeis no contexto em que o negócio jurídico está inserido.

Sobre este ponto, RAMOS comenta que “na verdade, afirma-se, a necessária compatibilidade da liberdade contratual interna com as exigências do bem comum e da protecção de terceiros é afinal o objecto das várias regulamentações nacionais; pelo que, qualquer uma delas satisfazendo aos fins assim em vista, não se vê porque não haveria de caber às partes a escolha entre elas”<sup>88</sup>.

Assim, conclui-se que, apesar da autonomia das partes ser um fator que traz segurança jurídica para as partes contratantes e, conseqüentemente, permite o

---

<sup>86</sup> Disponível *online* em: <http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/41429/M649.pdf?sequence=1>. Acesso em: 20/05/2017.

<sup>87</sup> VICENTE, Dário Moura. *Da arbitragem comercial internacional – Direito aplicável ao mérito da causa*. Coimbra Editora: Coimbra, 1990, p. 129.

<sup>88</sup> RAMOS, Rui Manuel Ramos. *A lei aplicável ao contrato de trabalho internacional...*, p. 460.

desenvolvimento do comércio internacional, as suas limitações encontram-se na exata medida em que a liberdade individual pode prejudicar o bem comum ou, até mesmo, a parte mais fraca da relação jurídica.

### **1.7. A autonomia das partes no direito comparado**

A autonomia da vontade das partes vem ganhando forte expansão e reconhecimento pelos sistemas jurídicos nacionais nos últimos anos, em especial em razão da necessidade de adequabilidade dos Estados às novas tendências necessárias ao desenvolvimento do comércio internacional e, via de consequência, ao seu próprio desenvolvimento.

Conforme bem pontuou RAMOS, pode-se dizer que a autonomia das partes se encontra *“hoje consagrada, como conexão primária, na maior parte dos textos nacionais onde se recolhem as normas de conflitos de cada país, igual solução sendo acolhida nos textos convencionais, quer naqueles que se encontram em vigor, como nos que ainda aguardam o início de uma eventual vigência internacional ou foram pura e simplesmente abandonados”*<sup>89</sup>.

Com efeito, destaca-se que ainda que determinados Estados não reconheçam a aplicação do princípio da autonomia da vontade, é certo que o desenvolvimento jurisprudencial e doutrinário caminham no sentido de possibilitar e permitir a sua utilização como elemento de conexão primário.

Assim, para melhor exemplificar a utilização desse princípio, passar-se-á brevemente pela análise do seu reconhecimento e aplicação na União Europeia, no Mercosul e na *Common Law*.

#### **1.7.1. Sistema Europeu**

Primeiramente, é importante salientar que dentro da União Europeia vige o chamado direito comunitário, que se distingue totalmente do direito internacional privado<sup>90</sup>.

---

<sup>89</sup> RAMOS, Rui Manuel Ramos. *A lei aplicável ao contrato de trabalho internacional...*, p. 456.

<sup>90</sup> RAMOS, Rui Manuel Moura. *Estudos de Direito Internacional Privado da União Europeia*, Imprensa da Universidade de Coimbra: Coimbra, 2016, p. 13. *Vide* mais sobre o assunto na mesma obra, nas páginas 12 e seguintes.

Conforme os ensinamentos de RAMOS, “o direito internacional privado, pressupondo a existência de uma pluralidade de sistemas estaduais aplicáveis às relações a cuja regulamentação se dirige, visa a coordenar estes últimos na sua aplicação a tais relações. Ora, diversamente, o direito comunitário é um direito comunitário é um direito ‘inclusivo’, constituindo o sistema de normas disciplinadoras da vida jurídica de uma certa sociedade - a sociedade ‘comunitária’. (...). Assim, o DIP realiza essencialmente a coordenação entre os vários sistemas que constitui o seu objecto através de uma particular estrutura normativa, a regra de conflitos, que reconhece a um a um ou a outros dos ordenamentos em presença a competência para regular uma especial categoria de questões. Enquanto que o DC utiliza designadamente o método directo para disciplinar as relações que se integram no seu âmbito de competência, recorrendo, para o efeito, aos vários processos de produção normativa conhecidos no Direito Internacional”.

Assim, diante da distinção entre o direito comunitário e o direito internacional privado, destaca-se que autonomia das partes, temática do presente estudo, refere-se ao último ramo do direito mencionado.

Na Europa, a regra de conexão variava entre as ideias de Savigny e a lei do local da celebração<sup>91</sup>. Contudo, a Convenção sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais (“Convenção de Roma”), de 10 de junho de 1980<sup>92</sup>, possibilitou a criação de regras

---

<sup>91</sup> ARAÚJO, Nádia. Uma visão econômica do direito internacional privado: contratos internacionais e autonomia da vontade, In: Luciano Benatti Timm (Org.). *Direito e economia no Brasil*, 1ed., São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014, v. 1, p. 436.

<sup>92</sup> Sobre a Convenção de Roma, conforme relembra LESGUILLONS, “aberta para assinatura em Roma, em 19 de junho de 1980, a convenção foi assinada pela Alemanha, Bélgica, França, Irlanda, Luxemburgo e pelos Países Baixos, nesse mesmo dia (J.O.C.E. 9 de outubro de 1980, n. L 270) e, no dia 10 de março de 1981, pela Dinamarca; pelo Reino Unido em 7 de dezembro de 1981 e, em 10 de abril de 1984, pela República Helênica. O artigo 29 da convenção previa que sua entrada em vigor ocorreria no primeiro dia do terceiro mês após o depósito do sétimo instrumento de ratificação, de aceitação ou de aprovação. A convenção foi ratificada pela França em 10 de novembro de 1983, pela Itália em 25 de julho de 1985, pela Dinamarca em 7 de janeiro de 1986, por Luxemburgo em 14 de outubro de 1986, pela Alemanha em 8 de janeiro de 1987, pela Bélgica em 31 de julho de 1987, pela Grécia em 19 de setembro de 1988, pelo Reino Unido em 29 de janeiro de 1991 e pelos Países Baixos em 1º de setembro de 1991 (J. O. C. E. 13 de novembro de 1991, n. C 294). Daí resulta que a convenção entrou em vigor em 1º de abril de 1991 (entre a França, a Itália, a Dinamarca, Luxemburgo, a Alemanha, a Bélgica e o Reino Unido) e em 1º de setembro de 1991 entre esses países e os Países Baixos. A Irlanda, por sua vez, fez o depósito do instrumento de ratificação em 29 de outubro de 1991 (J. O. C. E. 31 de janeiro de 1992, n. C 24) e, nos seus relacionamentos entre os oito países acima citados, a convenção entrou em vigor em 1º de janeiro de 1992. A partir de sua entrada em vigor, a convenção tem uma duração de 10 anos, renováveis tacitamente de 5 em 5 anos, salvo denúncia nos termos do artigo 30 (parágrafos 3 e 4)”. *Direito e comércio internacional: tendências e perspectivas: estudos em homenagem ao Prof. Irineu Strenger*. Luiz Olavo Baptista, Hermes Marcelo Huck, Paulo Borba Casella - coordenadores - São Paulo: Ltr, 1994 - A Convenção de Roma de 19 de junho de 1980 sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais, Henry Lesguillons, pp. 165-189.



uniformes sobre o assunto, que foram impostas aos Estados-Membros por meio do artigo 220.º do Tratado da Comunidade Económica Europeia.

Posteriormente, com a entrada em vigor do Tratado de Amsterdão em 1999<sup>93</sup>, a Comunidade Europeia passou a deter competência para estabelecer normas de direito internacional privado, razão pela qual foi editado o Regulamento n.º 593/2008, do Parlamento Europeu e do Conselho, sobre as leis aplicáveis às obrigações contratuais<sup>94</sup> (“Regulamento”), vigente desde de 19 de dezembro de 2009<sup>95</sup>.

De início, o Regulamento estabelece que a liberdade das partes de escolherem o direito aplicável constitui preceito fundamental para a resolução dos conflitos de leis em matéria de obrigações contratuais<sup>96</sup>, razão pela qual as partes são dotadas de ampla autonomia para a escolha do direito a ser aplicado.

O Regulamento é aplicável às obrigações cíveis e comerciais, excluindo-se as matérias fiscais, aduaneiras e administrativas, além dos assuntos dispostos no n.º 2, do artigo 1.º, referentes: (a) ao estado e a capacidade das pessoas singulares<sup>97</sup>; (b) às obrigações decorrentes de relações de familiares ou de relações que a lei que lhes é aplicável considera produzirem efeitos equiparados, incluindo as obrigações de alimentos; (c) às obrigações decorrentes de regimes de bens no casamento ou de relações que a lei que lhes é aplicável considera produzirem efeitos equiparados ao casamento, e as sucessões; (d) às obrigações decorrentes de letras, cheques e livranças, bem como de outros títulos negociáveis, na medida em que as obrigações decorrentes desses outros títulos resultem do seu carácter

---

<sup>93</sup> “O Tratado de Amsterdão, que modificou o Tratado da União Europeia e os Tratados que instituem as Comunidades Europeias e certos atos afins, foi assinado em Amsterdão, em 2 de outubro de 1997, e entrou em vigor em 1 de maio de 1999”. Em síntese, o Tratado de Amsterdão aumentou as competências da União, reforçou o papel do Parlamento e tratou sobre a cooperação reforçada, dentre outros assuntos. Disponível online em: [http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/pt/displayFtu.html?ftuId=FTU\\_1.1.3.html](http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/pt/displayFtu.html?ftuId=FTU_1.1.3.html). Acesso em: 21.05.2017.

<sup>94</sup> Para RAMOS, o regulamento constitui “o resultado da transformação em acto jurídico da União do instrumento convencional que obrigava já os Estados-Membros, e que continuou a ser, entre alguns deles, a fonte por excelência das regras de direito internacional privado em matéria de direito primário, o Reino Unido e a Dinamarca não participaram na aprovação do novo texto, não ficando a ele vinculados nem sujeitos à sua aplicação, tendo no entanto, ao abrigo de disposições semelhantes, a Irlanda, a quem normas correspondentes permitiriam tomar a mesma atitude, decidido tomar a opção contrária. A Convenção de Roma permanece pois em vigor, sendo a sua relação com o presente Regulamento, que vincula 26 dos actuais 28 Estados-Membros, disciplina pelo artigo 24 deste texto”. *Estudos de Direito Internacional Privado da União Europeia...*, pp. 76-77.

<sup>95</sup> *Ibidem*, p. 74.

<sup>96</sup> Vide n.º 2 do Regulamento n.º 593/2008.

<sup>97</sup> Sem prejuízo do disposto no artigo 13.º do Regulamento, que dispõe “num contrato celebrado entre pessoas que se encontram no mesmo país, uma pessoa singular considerada capaz segundo a lei desse país só pode invocar a sua incapacidade que resulte da lei de outro país se, no momento da celebração do contrato, o outro contraente tinha conhecimento dessa incapacidade ou a desconhecia por negligência”.

negociável; (e) às convenções de arbitragem e de eleição do foro; (f) às questões reguladas pelo direito das sociedades e pelo direito aplicável a outras entidades dotadas ou não de personalidade jurídica, tais como a constituição, através de registo ou por outro meio, a capacidade jurídica, o funcionamento interno e a dissolução de sociedades e de outras entidades dotadas ou não de personalidade jurídica, bem como a responsabilidade pessoal dos sócios e dos titulares dos órgãos que agem nessa qualidade relativamente às obrigações da sociedade ou entidade; (g) à questão de saber se um agente pode vincular, em relação a terceiros, a pessoa por conta da qual pretende agir ou se um órgão de uma sociedade ou de outra entidade dotada ou não de personalidade jurídica pode vincular essa sociedade ou entidade perante terceiros; (h) à constituição de trusts e as relações que criam entre os constituintes, os *trustees* e os beneficiários; (i) às obrigações decorrentes de negociações realizadas antes da celebração do contrato; (j) aos contratos de seguro decorrentes de atividades levadas a efeito por organismos que não as empresas referidas no artigo 2.º da Directiva 2002/83/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de Novembro de 2002, relativa aos seguros de vida cujo objetivo consista em fornecer prestações a assalariados ou a trabalhadores não assalariados que façam parte de uma empresa ou grupo de empresas, a um ramo comercial ou grupo comercial, em caso de morte ou sobrevivência, de cessação ou redução de actividades, em caso de doença profissional ou de acidente de trabalho.

Sistematicamente e obedecendo o acima descrito, o Regulamento definiu, em seu artigo 3.º, n.º 1<sup>98</sup>, que os contratos serão regidos pela lei escolhida pelas partes, devendo a escolha ser expressa ou implícita, resultante da interpretação das suas disposições. O dispositivo legal ainda permite que as partes desmembrem o contrato em partes, o que possibilita a aplicação de diferentes ordenamentos jurídicos (*dépeçage*).

Ressalta-se que a lei pode ser modificada pelas partes após a celebração do contrato<sup>99</sup> e que qualquer modificação quanto à determinação da lei aplicável ocorrida posteriormente à celebração do contrato não afeta os direitos e obrigações contraídas por terceiros estranhos à relação jurídica.

---

<sup>98</sup> “O contrato rege-se pela lei escolhida pelas partes. A escolha deve ser expressa ou resultar de forma clara das disposições do contrato, ou das circunstâncias do caso. Mediante a sua escolha, as partes podem designar a lei aplicável à totalidade ou apenas a parte do contrato.”

<sup>99</sup> Artigo 3.º, n.º 2: “Em qualquer momento, as partes podem acordar em subordinar o contrato a uma lei diferente da que precedentemente o regulava, quer por força de uma escolha anterior nos termos do presente artigo, quer por força de outras disposições do presente regulamento. Qualquer modificação quanto à determinação da lei aplicável, ocorrida posteriormente à celebração do contrato, não afecta a validade formal do contrato, nos termos do artigo 11.º, nem prejudica os direitos de terceiros”.

Embora seja possível que as partes escolham o direito aplicável à relação contratual, o artigo 3.º, n.º 3 estabelece que, “*caso todos os elementos relevantes da situação se situem, no momento da escolha, num país que não seja o país da lei escolhida, a escolha das partes não prejudica a aplicação das disposições da lei desse outro país não derogáveis por acordo*”.

Assim, a vontade das partes, baseada num momento subjetivo para a escolha do ordenamento jurídico aplicável, não é capaz de afastar a aplicação de normas de ordem pública e a aplicação de prescrições imperativas não derogáveis por acordo.

Sobre o disposto nesse artigo, RAMOS comenta que o Regulamento consolidou o entendimento de que “*a vontade das partes não deveria, numa situação em que a intencionalidade do contrato é tão só subjectiva, decorrendo apenas de uma manifestação de vontade no sentido da lei por da jurisdição, ter a virtualidade de afastar prescrições imperativas (‘não derogáveis por acordo’) do país onde se situam, no momento da escolha, todos os elementos relevantes da situação*”<sup>100</sup>.

O mesmo ocorre com as disposições “*não derogáveis por acordo*” do direito comunitário, caso um Estado Membro opte pelo ordenamento jurídico de um país que não faz parte da União Europeia<sup>101</sup>.

O artigo 4.º do Regulamento dispõe sobre os contratos em que as partes não escolheram a lei aplicável. Além das regras contidas aos contratos especificados pelos n.ºs 1 e 2 do referido artigo<sup>102</sup>, os n.ºs 3 e 4 trazem a regra dos “*vínculos mais estreitos*”, por

---

<sup>100</sup> RAMOS, Rui Manuel Moura. *Estudos de Direito Internacional...*, p. 82.

<sup>101</sup> Vide artigo 3.º, n.º 4 do Regulamento.

<sup>102</sup> “1. Na falta de escolha nos termos do artigo 3.º e sem prejuízo dos artigos 5.º a 8.º, a lei aplicável aos contratos é determinada do seguinte modo: a) O contrato de compra e venda de mercadorias é regulado pela lei do país em que o vendedor tem a sua residência habitual; b) O contrato de prestação de serviços é regulado pela lei do país em que o prestador de serviços tem a sua residência habitual; c) O contrato que tem por objecto um direito real sobre um bem imóvel ou o arrendamento de um bem imóvel é regulado pela lei do país onde o imóvel se situa; d) Sem prejuízo da alínea c), o arrendamento de um bem imóvel celebrado para uso pessoal temporário por um período máximo de seis meses consecutivos é regulado pela lei do país em que o proprietário tem a sua residência habitual, desde que o locatário seja uma pessoa singular e tenha a sua residência habitual nesse mesmo país; e) O contrato de franquia é regulado pela lei do país em que o franqueado tem a sua residência habitual; f) O contrato de distribuição é regulado pela lei do país em que o distribuidor tem a sua residência habitual; g) O contrato de compra e venda de mercadorias em hasta pública é regulado pela lei do país em que se realiza a compra e venda em hasta pública, caso seja possível determinar essa localização; h) Um contrato celebrado no âmbito de um sistema multilateral que permita ou facilite o encontro de múltiplos interesses de terceiros, na compra ou venda de instrumentos financeiros, na acepção do ponto 17) do n.º 1 do artigo 4.º da Directiva 2004/39/CE, de acordo com regras não discricionárias e regulado por uma única lei, é regulado por essa lei. 2. Caso os contratos não sejam abrangidos pelo n.º 1, ou se partes dos contratos forem abrangidas por mais do que uma das alíneas a) a h) do n.º 1, esses contratos

meio da qual, caso resulte claramente do conjunto das circunstâncias do caso que o contrato apresenta uma conexão manifestamente mais estreita com um país diferente do indicado nos n.ºs 1 ou 2, é aplicável a lei desse outro país.

Portanto, o sistema europeu adota como regra a autonomia da vontade, o que permite às partes a escolha do direito aplicável. Entretanto, as partes não podem afastar as regras imperativas comunitárias e do país em que se situam os elementos relevantes da situação. Subsidiariamente, caso as partes não escolham a lei aplicável à relação contratual, aplica-se a regra dos vínculos mais estreitos, ou seja, o princípio da proximidade<sup>103</sup>.

Ainda, no contexto da União Europeia, faz-se necessário adentrar, de forma breve, ao estudo das regras específicas que tratam da autonomia da vontade das partes em Portugal.

Atualmente, as principais disposições que tratam da autonomia da vontade em DIP no direito português se encontram no Código Civil Português, na Lei n.º 31/86 (Lei da Arbitragem Voluntária) de Arbitragem Voluntária e no Decreto-Lei n.º 94-B, de 17 de Abril<sup>104</sup>. Contudo, no presente estudo vamos tratar de forma sucinta apenas das disposições presentes nos dois primeiros diplomas legais.

Inicialmente, a respeito do Código Civil Português, a autonomia da vontade está consagrada nos artigos 34.º e 41.º. Assim, nos termos do artigo 34.º, *“a lei pessoal das pessoas colectivas internacionais é a designada na convenção que as criou ou nos respectivos estatutos e, na falta de designação, a do país onde estiver a sede principal”*.

A esse respeito, SANTOS leciona que o princípio da autonomia das partes, nesse caso, intervém por meio *“da faculdade, concedida aos criadores da pessoa colectiva*

---

*são regulados pela lei do país em que o contraente que deve efectuar a prestação característica do contrato tem a sua residência habitual”*.

<sup>103</sup> Sobre a aplicação da teoria dos vínculos mais estreitos e do princípio da proximidade na União Europeia, ARAÚJO comenta que *“a expressiva mudança das regras seculares para essa nova fórmula, dos vínculos mais estreitos, na ausência de escolha, sempre fora criticada na Europa por seu caráter flexível, e por tender à aplicação da lei local. Mas uma das razões para o seu sucesso e consequente adoção na Europa se deve ao caráter econômico: abandona-se um critério diante do mundo cada vez mais sem fronteiras para se perquirir os verdadeiros vinculo entre os contratantes. Na maior parte das vezes esse vínculo é determinado por circunstâncias de caráter econômico, como local das tratativas, da execução do contrato e mesmo da sua celebração, mas que seriam sopesados no caso concreto para que a lei aplicável fosse a mais próxima da realidade das partes e não advinda de uma concepção jurídica rígida e imutável, muitas vezes tida como inadequada”*. Uma visão econômica do direito internacional privado..., p. 436).

<sup>104</sup> Regula as condições de acesso e de exercício da atividade seguradora e resseguradora no território da Comunidade Europeia, inclusive a exercida no âmbito das zonas francas.

*internacional, de designar a lei reguladora do estatuto pessoal do ente colectivo na própria convenção (internacional) que as criou ou nos respectivos estatutos”<sup>105</sup>.*

Por sua vez, o artigo 41.º, dispõe que “*as obrigações provenientes de negócio jurídico, assim como a própria substância dele, são reguladas pela lei que os respectivos sujeitos tiverem designados ou houverem tido em vista*” e, ainda, que “*a designação ou referência das partes só pode, todavia, recair sobre a lei cuja aplicabilidade corresponda a um interesse sério dos declarantes ou esteja em conexão com algum dos elementos do negócio jurídico atendíveis no domínio do direito internacional privado*”. Importante ressaltar que o âmbito de aplicação deste artigo é residual, por conta da Convenção de Roma e das disposições do Regulamento.

Pela análise desse dispositivo, conclui-se que as partes podem fazer menção expressa ou tácita, dentro de um negócio jurídico, a quaisquer ordenamentos jurídicos, desde que vinculados a um Estado, excluindo-se, portanto, a aplicação da *lex mercatoria*.

No âmbito da arbitragem, a LAV dispõe, no artigo 33.º, que “*as partes podem escolher o direito a aplicar pelos árbitros, se os não tiverem autorizado a julgar segundo a equidade*”.

A respeito do conteúdo desse dispositivo, SANTOS pontua que a autonomia da vontade nesse caso, tem um alcance mais amplo do que aquela que consta no artigo 41.º do Código Civil Português, tendo em vista que a Lei de Arbitragem Voluntária não versa apenas sobre as obrigações voluntárias, mas abrange também litígios referentes às obrigações extracontratuais.

Além da extensão nesse âmbito do artigo em questão, verifica-se que inexistente limitação em relação à vinculação da lei aplicável a um ordenamento jurídico estatal, razão pela qual se torna possível a escolha da *lex mercatoria* como direito aplicável<sup>106</sup>. Nesse sentido, COLLAÇO, autora do anteprojeto de Lei de Arbitragem Voluntária, admitiu que nada impediria que a “*escolha do direito aplicável possa incidir sobre a lex mercatoria, na medida em que ela contenha regras de direito*”<sup>107</sup>.

---

<sup>105</sup> SANTOS, António Marques dos. Algumas considerações sobre a autonomia da vontade no direito internacional privado em Portugal e no Brasil, In: *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, Vol. I, Editora Al-medina: Coimbra, 2002, p. 395.

<sup>106</sup> SANTOS, António Marques dos. *Algumas considerações sobre a autonomia da vontade...*, p. 398.

<sup>107</sup> COLLAÇO, Isabel de Magalhães. L’arbitrage international dans la récente loi portugaise sur l’arbitrage volontaire (Loi n.º 31/86, du 29 août 1986) – Quelques réflexions, In: *Droit International et droit*

Portanto, embora o Código Civil não reconheça, de forma imediata, a autonomia da vontade das partes, a LAV permite a aplicação desse princípio de forma ampla, não só no seu artigo 33.º, mas também em outros dispositivos que tratam desde o momento da convenção de arbitragem até ao julgamento do litígio pelos árbitros<sup>108</sup>.

Conforme se observa, o princípio da autonomia das partes aplicado ao DIP em Portugal tem validade plena e, inclusive, este entendimento foi pacificado pela jurisprudência portuguesa em diversas oportunidades, ainda que não fossem consideradas as disposições da Convenção de Roma e da LAV<sup>109</sup>.

### 1.7.2. Países integrantes do Mercosul

O Mercado Comum do Sul (“Mercosul”) é um organismo de integração regional estabelecido entre Argentina, Brasil, Paraguai, Uruguai<sup>110</sup> e Venezuela<sup>111</sup> por meio do Tratado de Assunção, assinado em 26 de março de 1991. Atualmente, o bloco é considerado uma união aduaneira<sup>112</sup>, segundo a sua página oficial<sup>113</sup>, e foi criado com o principal objetivo

---

*communautaire – Actes du colloque – Paris, 5 et 6 avril 1990, Paris, Fondation Calouste Gulbenkian – Centre Culturel Portugais, 1991, pp. 55-66.*

<sup>108</sup> Nesse sentido, vale citar os artigos 1.º, n.º 3, 2.º, n.ºs 4 e 5, 6.º, n.ºs 1 e 2, 7.º, n.º 1, 13.º, 14.º, n.º 1 e 2, 15.º, n.ºs 1 a 3, 18.º, n.ºs 1 e 2, 19.º, n.ºs 1, 2 e 4, 20.º, n.ºs 1 a 3 e 21.º, n.º 1.

<sup>109</sup> Conforme citado pelo Professor António Marques dos Santos, citam-se: Acórdão da Relação de Lisboa, de 18.11.1987; Acórdão da Relação de Lisboa, de 5.7.2000, Acórdão da Relação do Porto, de 25.11.1991.

<sup>110</sup> Desde 26 de março de 1991

<sup>111</sup> Desde 12 de agosto de 2012.

<sup>112</sup> A expressão União Aduaneira simboliza uma associação de um grupo de países que se caracteriza por dois pontos: a adoção de uma tarifa externa comum e a livre circulação das mercadorias oriundas dos países associados. A implantação de uma Tarifa Externa Comum, conhecida como TEC, quer dizer que todos os países do grupo aplicarão a mesma taxa em relação à importação de bens de países fora do grupo. Essa TEC vai eliminar a concorrência entre os associados junto aos fornecedores. O Mercosul, formado pelo Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai, adotou a TEC em 1995. Isso implica, por exemplo, que o Brasil não pode decidir sozinho reduzir a taxa sobre determinado produto que ele compra da China em troca de algum benefício no mercado chinês. Para mudar a taxa, é preciso fazer um acordo com todos os quatro países-membros, que também reduzirão suas tarifas, ou seja, é preciso negociar em bloco. A segunda característica da União Aduaneira é a formação de uma zona de livre circulação de mercadorias entre os diversos membros. No caso do Mercosul, essa segunda medida ainda não foi adotada. Os produtos argentinos, paraguaios e uruguaios têm salvaguardas para entrar no Brasil, e vice-versa. Por isso, o Mercosul é considerado uma união aduaneira imperfeita. Dois exemplos de uniões aduaneiras completas são a União Européia e a Southern África Customs Union (Sacu, União Alfandegária do Sul da África), bloco liderado pela África do Sul. Disponível *online* em: [http://desafios.ipea.gov.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=2130:catid=28&Itemid=23](http://desafios.ipea.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=2130:catid=28&Itemid=23). Acesso em: 20/05/2017.

<sup>113</sup> “A conformação e a consolidação do Mercosul como União Aduaneira entre os quatro países envolvem a administração sub-regional das políticas comerciais, superando o recurso de adoção de medidas unilaterais dessa natureza, garantindo condutas previsíveis e não prejudiciais para os parceiros”.

de proporcionar aos Estados Membros melhores condições de enfrentar as dificuldades globais no campo econômico.

Apesar dos problemas enfrentados pelo bloco ao longo dos seus anos de existência, o que interessa ao presente estudo cinge-se à divergência encontrada nos ordenamentos jurídicos dos Estados Membros em relação à aplicação da autonomia das partes e, conseqüentemente, à possibilidade de escolha da lei aplicável aos contratos internacionais.

Como se verificou, os Estados Membros do bloco utilizam o método conflitual para localizar a lei que regerá os contratos que contenham algum tipo de extraneidade. Entretanto, em razão da divergência existente entre as regras de conexão, as trocas comerciais se tornam mais frágeis, o que dificulta o desenvolvimento econômico do bloco. Assim, com o objetivo de clarificar essa divergência, cabe mencionar, de forma breve, a regulação da aplicação da autonomia da vontade em cada país integrante.

Na Argentina, até recentemente, a matéria era regulada pelos artigos 1.205.º a 1.216.º do Código Civil que estabeleciam que, tratando-se de contrato celebrado fora do país, aplicava-se a lei do local em que fora celebrado<sup>114</sup>. Todavia, caso o contrato tivesse alguma conexão com o Direito Argentino, seria adotada a *lex executionis*<sup>115</sup>.

Como se percebe, o princípio da autonomia das partes não estava consagrado expressamente dentro da legislação argentina, apesar de ser aceito de forma pacífica pela doutrina, que se baseava, em especial, em tratados internacionais assinados e ratificados pelo país para fundamentar a possibilidade de aplicação do princípio.

Todavia, uma mudança significativa foi feita nas leis argentinas por meio do novo Código Civil y Comercial de la República Argentina (Ley n.º 26.994)<sup>116</sup>, de forma a recepcionar expressamente a aplicação do princípio da autonomia da vontade:

---

<sup>114</sup> Art. 1205.º - “Los contratos hechos fuera del territorio de la República, serán juzgados, en cuanto a su validez o nulidad, su naturaleza y obligaciones que produzcan, por las leyes del lugar en que hubiesen sido celebrados.”

<sup>115</sup> Art.1209.º - “Los contratos celebrados en la República o fuera de ella, que deban ser ejecutados en el territorio del Estado, serán juzgados en cuanto a su validez, naturaleza y obligaciones por las leyes de la República, sean los contratantes nacionales o extranjeros.”

Art.1210.º - “Los contratos celebrados en la República para tener su cumplimiento fuera de ella, serán juzgados, en cuanto a su validez, su naturaleza y obligaciones, por las leyes y usos del país en que debieron ser cumplidos, sean los contratantes nacionales o extranjeros.”

<sup>116</sup> ARGENTINA. Lei n.º 26.994, publicada no *Boletín Oficial* n.º 32.985, de 08 de outubro de 2014. Disponível online em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/texact.htm#51>. Acesso em: 02.09.2016.

*“ARTICULO 2651 – Autonomía de la voluntad. Reglas. Los contratos se rigen por el derecho elegido por las partes en cuanto a su validez intrínseca, naturaleza, efectos, derechos y obligaciones. La elección debe ser expresa o resultar de manera cierta y evidente de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Dicha elección puede referirse a la totalidad o a partes del contrato.*

*El ejercicio de este derecho está sujeto a las siguientes reglas:*

*a) en cualquier momento pueden convenir que el contrato se rija por una ley distinta de la que lo regía, ya sea por una elección anterior o por aplicación de otras disposiciones de este Código. Sin embargo, esa modificación no puede afectar la validez del contrato original ni los derechos de terceros;*

*b) elegida la aplicación de un derecho nacional, se debe interpretar elegido el derecho interno de ese país con exclusión de sus normas sobre conflicto de leyes, excepto pacto en contrario;*

*c) las partes pueden establecer, de común acuerdo, el contenido material de sus contratos e, incluso, crear disposiciones contractuales que desplacen normas coactivas del derecho elegido;*

*d) los usos y prácticas comerciales generalmente aceptados, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, resultan aplicables cuando las partes los han incorporado al contrato;*

*e) los principios de orden público y las normas internacionalmente imperativas del derecho argentino se aplican a la relación jurídica, cualquiera sea la ley que rija el contrato; también se imponen al contrato, en principio, las normas internacionalmente imperativas de aquellos Estados que presenten vínculos económicos preponderantes con el caso;*

*f) los contratos hechos en la República para violar normas internacionalmente imperativas de una nación extranjera de necesaria aplicación al caso no tienen efecto alguno;*

*g) la elección de un determinado foro nacional no supone la elección del derecho interno aplicable en ese país.*

*Este artículo no se aplica a los contratos de consumo.”*

Nesse contexto, as partes devem escolher a lei que regerá a relação jurídica de forma expressa. Caso isso não ocorra, o contrato será regido pelas mesmas normas de elementos de conexão que eram aplicadas até a entrada em vigor do novo Código<sup>117</sup>.

---

<sup>117</sup> Artículo 2652.º - *“Determinación del derecho aplicable en defecto de elección por las partes. En defecto de elección por las partes del derecho aplicable, el contrato se rige por las leyes y usos del país del lugar de cumplimiento. Si no está designado, o no resultare de la naturaleza de la relación, se entiende que lugar de*



Dentre os países do Mercosul, a Argentina é o que tem maior progresso no que diz respeito à adoção do princípio da autonomia da vontade, tendo em vista a sua inclusão dentro do ordenamento jurídico nacional.

Já no Paraguai, o princípio da autonomia da vontade não é disciplinado pela legislação, apesar do Código Civil paraguaio disciplinar a maior parte do seu sistema de Direito Internacional Privado por meio do seu título preliminar, que engloba os artigos 11.º a 26.º.

O artigo 14.º estipula que *“la capacidad e incapacidad para adquirir derechos, el objeto del acto que haya de cumplirse en la República y los vicios sustanciales que éste pueda contener, serán juzgados para su validez o nulidad por las normas de este Código, cualquiera fuere el domicilio de sus otorgantes”*.

Em outras palavras, a validade intrínseca dos contratos se rege pela lei do local da execução, qualquer que seja o domicílio das partes contratantes. E, ainda, para reforçar esse entendimento, o artigo 297.º dispõe que *“éstos serán exclusivamente regidos, sea cual fuere el lugar de su celebración, en cuanto a su formación, prueba, validez y efectos, por las leyes de la República, cuando hubieren de ser ejecutados en su territorio, o se ejercieren en él acciones por falta de su cumplimiento”*.

Em que pese o Código Civil paraguaio não dispor, em nenhum momento, acerca da autonomia da vontade das partes, parte da doutrina<sup>118</sup> argumenta que existe a possibilidade das partes escolherem a lei aplicável ao contrato em analogia aos seus artigos 669.<sup>119</sup> e 715.<sup>120</sup>. Outra parte considera que o princípio é aplicável aos contratos internacionais, a partir de uma interpretação hermenêutica da Constituição, que estabelece que tudo o que não for proibido expressamente, é permitido<sup>121</sup>.

---

*cumplimiento es el del domicilio actual del deudor de la prestación más característica del contrato. En caso de no poder determinarse el lugar de cumplimiento, el contrato se rige por las leyes y usos del país del lugar de celebración. La perfección de los contratos entre ausentes se rige por la ley del lugar del cual parte la oferta aceptada.”*

<sup>118</sup> Vide mais em ALONSO, Silva. *Derecho Internacional Privado – Parte Especial*, Asunción, Intercontinental Editora, 1995, p. 9.

<sup>119</sup> Art. 669.º - *“Los interesados pueden reglar libremente sus derechos mediante contratos observando las normas imperativas de la ley, y en particular, las contenidas en este título y en el relativo a los actos jurídicos.”*

<sup>120</sup> Art. 715.º - *“Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma, y deben ser cumplidas de buena fe. Ellas obligan a lo que esté expresado, y a todas las consecuencias virtualmente comprendidas.”*

<sup>121</sup> DEBAH, Alejandro Daniel. *El contrato internacional en el Mercosul*, Buenos Aires: Quorum, 2005, p. 169.

Portanto, no Paraguai, o princípio da autonomia da vontade só poderá ser amplamente aplicado no âmbito das arbitragens internacionais, tendo em vista que o tema não é pacífico na doutrina nem reconhecido pela legislação nacional.

No mesmo sentido posiciona-se o Uruguai, no qual os contratos internacionais também são disciplinados pelo Código Civil que dispõe, em seu artigo 2.399.º, que a lei que lhe é aplicada será a do local do cumprimento da obrigação<sup>122</sup>.

Apesar do conteúdo do artigo 2.399.º, o artigo 2.403.º é expressamente contrário ao princípio da autonomia da vontade, ao dispor que *“las reglas de competencia legislativa y judicial determinadas en este Título, no pueden ser modificadas por la voluntad de las partes. Ésta sólo podrá actuar dentro del margen que le confiera la ley competente”*.

Portanto, não há margem para que as partes escolham a lei aplicável ao contrato, tendo em vista que a maior parte dos precedentes das cortes superiores do país se baseiam na legislação expressamente contrária a aplicação do princípio<sup>123</sup>.

Também é importante analisar o tratamento dado ao tema na Venezuela, membro mais recente do Mercosul e que possui experiência na positivação do princípio da autonomia da vontade no seu ordenamento jurídico.

Com efeito, o artigo 116.º do Código Comercio prevê que *“todos los actos concernientes a la ejecución de los contratos mercantiles celebrados en país extranjero y cumplidos en Venezuela, serán regidos por la ley venezolana, a menos que las partes hubieren acordado otra cosa”*. Ou seja, a lei venezuelana é clara em relação a subsidiariedade de aplicação da lei do país no caso de ausência de escolha das partes.

---

<sup>122</sup> Art. 2399.º - *“Los actos jurídicos se rigen, en cuanto a su existencia, naturaleza, validez y efectos, por la ley del lugar de su cumplimiento, de conformidad, por otra parte, con las reglas de interpretación contenidas en los artículos 34 a 38 inclusive del Tratado de Derecho Civil de 1889.”*

<sup>123</sup> SOUZA JÚNIOR, Lauro da Gama e. Os Princípios do Unidroit Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais e sua Aplicação nos Países do Mercosul, In: *Contratos Internacionais*. João Gardino Rodas (Coord) . 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 433.

Tanto a doutrina<sup>124</sup>, quanto a jurisprudência<sup>125</sup> venezuelana são pacíficas na aceitação do princípio, o que representa um grande avanço em relação a maior parte dos membros do bloco.

Por fim, no Brasil, a aplicabilidade do princípio da autonomia da vontade aos contratos internacionais é um tema controvertido e que gera calorosas discussões doutrinárias e jurisprudenciais.

A antiga Lei de Introdução ao Código Civil de 1916<sup>126</sup> autorizava plenamente o exercício da autonomia das partes ao determinar como lei aplicável ao contrato a *lex celebrationis*, salvo disposição em contrário<sup>127</sup>. Ou seja, era indiscutível a possibilidade de eleição da lei pelas partes contratantes.

Contudo, em 1942, a referida disposição legal foi alterada pela nova Lei de Introdução ao Código Civil (“LICC”) que suprimiu qualquer referência em relação à autonomia das partes. O artigo 9.º da LICC, atualmente renomeada como Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (“LINDB”)<sup>128</sup>, apenas dispõe que “*para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem*”.

---

<sup>124</sup> “*Por autonomía de la voluntad se entiende, pues, el poder que el artículo 1159 del Código Civil reconoce a las voluntades particulares de reglamentar por sí mismas el contenido y modalidades de las obligaciones que se imponen. En otros términos: Las partes contratantes determinan libremente y sin intervención de la Ley, pero con una eficacia que el propio legislador compara con la de la Ley, los contratos que ellas celebran, y lo hacen según sus intereses particulares, sin tener que sujetarse a las reglas del Código Civil, ni en cuanto a los tipos de contratos que prevé el Código Civil, ni en cuanto a las normas específicas que éste trae para cada contrato particular. En materia contractual debe tenerse, pues, como un principio, que la mayor parte de las disposiciones legales son supletorias de la voluntad de las partes, esto es, dirigidas tan solo a suplir el silencio o la insuficiencia de previsión de las partes*”. MELICH-ORSINI, Jose. *Doctrina General del Contacto*, Lautaro Editora, Caracas, 1997, p. 82.

<sup>125</sup> “*Por otra parte nuestra doctrina ha señalado: “El principio de intangibilidad del contrato significa que las partes no pueden sustraerse a su deber de observar el contrato tal como el fue contraído, en su conjunto y en cada una de sus cláusulas. Aunado a este principio tenemos EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES, el cual deriva de la innata libertad del ser humano, la vigencia de este principio significa reconocer la autarquía del individuo en la configuración creadora de las relaciones jurídicas, es la voluntad de las partes la que crea el contrato por éstas suscrito, los efectos que esta produce y la que determina el contenido establecido en el mismo*”. VENEZUELA. *El Tribunal Supremo de Justicia*. Disponível em: <<http://tachira.tsj.gob.ve/decisiones/2010/marzo/1352-24-4721-.html>>. Acesso em: 05.09.2016.

<sup>126</sup> Disponível online em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm). Acesso em: 29.08.2016.

<sup>127</sup> De acordo com o artigo 13.º: “*Regulará, salvo estipulação em contrário, quanto á substância e aos efeitos das obrigações, a lei do lugar, onde forem contraídas.*”

<sup>128</sup> Disponível online em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De14657.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De14657.htm). Acesso em: 29.08.2016.

Referida alteração originou diversas discussões na doutrina e, mesmo após 50 anos da sua entrada em vigor os tribunais brasileiros não enfrentaram o tema de forma direta<sup>129</sup>, mesmo com o aumento das exportações e importações no cenário internacional.

Grande parte da doutrina brasileira defende a literalidade de interpretação do artigo 9.º da LINDB. Para BASSO, o dispositivo legal seria norma de ordem pública e, como tal, não poderia ser afastado pela vontade das partes. Dessa forma, “*a regra de prudência que o negociador deve observar é procurar realizar o negócio no país cuja lei pretende que seja aplicada ao contrato, razão pela qual, é importante a escolha do local da negociação*”<sup>130</sup>.

MIRANDA, por sua vez, defende que “*a autonomia da vontade não existe no Direito Internacional, nem como princípio, nem como teoria aceitável. Porque: a) na parte de cogência há uma lei aplicável que poderá conferir à vontade, por estranha demissão de si mesma, o poder de desfazer tal imperatividade, quer dizer – um imperativo que se nega a si mesmo, que se faz dispositivo; b) fixados pela lei aplicável os limites da autonomia, dentro deles não há escolha de lei (...)*”<sup>131</sup>.

Por outro lado, parte da doutrina sustenta a possibilidade de aplicação do princípio, que para VALLADÃO “*não podem desaparecer por sua simples omissão num código ou numa lei*”<sup>132</sup>.

No mesmo sentido GAMA JR. argumenta que “*(...) é o modo de solução de controvérsias que determina o império da autonomia da vontade ou a sua navegação, e não a natureza contratual da relação jurídica*”<sup>133</sup>.

---

<sup>129</sup> ARAÚJO, Nádía e GAMA JR., Lauro. A escolha da lei aplicável aos contratos do comércio internacional: os futuros Princípios da Haia e perspectivas para o Brasil escritório permanente da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado, *Artigo publicado na Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 34/2012, p. 23.

<sup>130</sup> BASSO, Maristela. A autonomia da vontade nos contratos internacionais do comércio, In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, vol. 12, 1996, p. 201. No mesmo sentido, vide J. DOLINGER. *Direito Internacional Privado: contratos e obrigações no direito internacional privado*, v. II, Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 427; H. A. DE PAIVA. Escolha da lei de regência nos contratos internacionais, In *Revista de Direito Internacional e Econômico*, Ano II, n.º 7, abr-jun/2004, p. 58; E. SALOMÃO NETO. *A lei aplicável às operações bancárias internacionais: as regras que regem as transações financeiras internacionais são mal conhecidas e às vezes piores interpretadas*, Valor Econômico, São Paulo, p. E2.

<sup>131</sup> DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado...*, 2007.

<sup>132</sup> GEBLER, Eduardo. O contrato internacional no direito de empresa, In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n.º 85, jan./mar. 1992, p. 96.

<sup>133</sup> GAMA JR., Lauro. Autonomia da vontade nos contratos internacionais no Direito Internacional Privado brasileiro..., p. 609.

Salienta-se que com a promulgação da Lei de Arbitragem em 1996<sup>134</sup> -<sup>135</sup> -<sup>136</sup> (“LARB”), a discussão acerca da aplicação do princípio voltou a ser calorosa, considerando que o referido diploma legal previu expressamente a possibilidade de escolha pelas partes da lei aplicável e significou, portanto, um avanço significativo em relação à matéria.

Apesar dos progressos trazidos pela LARB, não houve qualquer alteração legislativa significativa que pudesse inferir a permissibilidade de escolha da lei aplicável pelas partes, o que faz com que, ressalvadas as hipóteses em que o conflito é julgado pelo tribunal arbitral, o princípio da autonomia à escolha do ordenamento não vigora.

A legislação brasileira é desfasada no que diz respeito à regulamentação do comércio internacional e dos seus instrumentos. Contudo, espera-se que com os desenvolvimentos recentes a respeito do tema, em especial com os términos dos trabalhos da Convenção de Haia para a elaboração dos chamados *Princípios de Haia*<sup>137</sup>, o Poder Legislativo se inspire para a modernização do artigo 9.º da LINDB e que efetivamente mude o quadro atual da matéria no país<sup>138</sup>.

Portanto, após a análise da legislação interna dos países do bloco no que diz respeito ao DIP, verifica-se que se filiam, em geral, ao princípio territorialista e utilizam, na maioria dos casos, os critérios da lei do local da celebração (*lex loci celebrationis*) ou da lei do local da execução (*lex loci executionis*) para determinar a lei de regência contratual.

Infelizmente, a Convenção do México, que permite de forma expressa a autonomia da vontade, não promoveu grandes modificações dentro do Mercosul, pois não teve

---

<sup>134</sup> Disponível *online* em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm). Acesso em: 29.08.2016.

<sup>135</sup> Em 2015, foi promulgada nova de arbitragem no Brasil (Lei n.º 13.129/2015), disponível *online* em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm). Acesso em: 29.08.2016.

<sup>136</sup> Conforme pontua GOUVEIA, “no Brasil, assim como na Holanda e Inglaterra, aplicam-se as mesmas disposições tanto para a arbitragem interna como para a internacional. Para alguns autores, a solução unitária adotada pela nossa lei teria produzido o efeito benéfico de se estender à arbitragem interna a liberalidade que geralmente se dá à arbitragem internacional”. *O princípio da autonomia da vontade na arbitragem comercial internacional no Mercosul*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/074.pdf>. Acesso em: 21.05.2017. *Vide* mais em LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Uma introdução à arbitragem comercial internacional, In: *arbitragem interna e internacional: questões da doutrina e da prática*, Ricardo Ramalho Almeida (coord.), Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 8-9.

<sup>137</sup> Sobre os Princípios da Escolha de Lei aplicável aos Contratos Internacionais pela Conferência de Haia, ARAÚJO comenta que “o objetivo dos Princípios de Haia’ é servirem como modelo universal de normas de direito internacional privado, aplicáveis aos contratos internacionais. Para atingir esta finalidade, o trabalho da Conferência orienta-se por um conceito fundamental: a promoção da defesa do ‘princípio da autonomia da vontade’ das partes”. ARAÚJO, Nádia; GAMA JR., Lauro. *A escolha da lei aplicável aos contratos do comércio internacional...*, p. 13.

<sup>138</sup> *Ibidem*, p. 25.

significativa aceitação pelos participantes da conferência, sendo aderentes somente a Venezuela e o México<sup>139</sup>.

Entretanto, no âmbito da arbitragem, a autonomia da vontade dentro do bloco apresenta progresso, principalmente em razão da assinatura do Acordo sobre a Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul, elaborado com base na Lei Modelo da UNCITRAL e que uniformizou a aplicação da arbitragem entre os Estados Membros.

O artigo 10.º consagra o princípio da autonomia da vontade, ao dispor que “*as partes poderão eleger o direito que se aplicará para solucionar a controvérsia com base no direito internacional privado e seus princípios, assim como no direito de comércio internacional. Se as partes nada dispuserem sobre esta matéria, os árbitros decidirão conforme as mesmas fontes*”.

### **1.7.3. Common Law**

Com o desenvolvimento do comércio internacional, que ocorreu especialmente na segunda parte do século XIX, o princípio da autonomia foi adotado como regra pelo Direito inglês. O referido posicionamento foi consolidado após a decisão do caso *Vita Food Products, Inc v. Uns Shopping Co. Ltda.*<sup>140</sup>, em 1939, a qual considerou que não só a vontade expressa das partes poderia indicar a lei aplicável às relações jurídicas internacionais, mas também no caso de ausência dessa indicação, o juiz deveria presumi-la.

Feitas essas considerações iniciais, salienta-se que o direito inglês se utiliza do sistema da *proper law*<sup>141</sup> em relação aos contratos internacionais. De acordo com esse

---

<sup>139</sup> Acerca do tema no Brasil, veja-se RODAS, João Grandino. *Elementos de Conexão do Direito Internacional Privado brasileiro relativamente às obrigações contratuais, Contratos Internacionais*, 3ª ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2002; MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no Comércio Eletrônico e a Proteção do Consumidor*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2004; ARAÚJO, Nádia de. *Contratos Internacionais*, 4ª edição, Rio de Janeiro, Es. Renovar, 2005; JUENGER, Friedrich K. Contract Choice of law in the Americas, In *American Journal Of Comparative Law*, n.º 195, Winter 1997, pp. 1-12.

<sup>140</sup> ARAÚJO explica que “*no caso citado, o contrato de transporte era entre os Estados Unidos e o Canadá, mas como na época a Corte Inglesa era a última instância para as questões canadenses, e por isso acabou sendo feito o julgamento em Londres. Havia uma cláusula no contrato exonerando a responsabilidade do transportador, que era permitida pela lei inglesa, mas proibida pela lei americana, que recentemente havia sido modificada nesse sentido. O Bill of landins se referiu a outra lei expressamente para escapar daquela que lhe proibia a exoneração desejada. E a Corte Inglesa preferiu aplicar a lei inglesa e impedir qualquer mudança nas regras do contrato para preservar a segurança jurídica, e o fez com base na autonomia da vontade*”. Uma visão econômica do direito internacional privado..., pp. 433, 444 e 436.

<sup>141</sup> Sobre o sistema *proper law*, vale citar as considerações de MANN: “*One of the great doctrines of private international law which in the course of those fifty years has become almost universally established, is the*

sistema, o ordenamento jurídico que regerá determinada relação jurídica será aquele escolhido pelas partes ou, no caso de silêncio destas, será aquele que o juiz entender mais adequado.

Sobre a possibilidade de decisão do juiz, é importante destacar que o ordenamento aplicável será escolhido a partir da análise dos elementos de maior conexão com as partes, inferindo-se, ainda, a natureza do contrato e circunstâncias gerais do caso.

ROVIRA comenta que *“em certos casos é possível depreender uma intenção comum às partes contratantes. Por exemplo, se concordam que a corte de um determinado país terá jurisdição sobre questões que surjam do contrato, uma cláusula arbitral geralmente indica que as partes quiseram submeter o contrato à lei do lugar onde ocorrerá a arbitragem, ou ainda o uso de certos termos peculiares a um certo sistema jurídico, ou de um método de negociação ou financiamento desenvolvido em um determinado país”*<sup>142</sup>.

Em que pese a amplitude da aplicação do princípio da autonomia privada no direito inglês, isso não significa que inexistam limitações, considerando que deve respeitar a ordem pública e as regras imperativas.

---

*commercial contracts are governed by their proper law, i.e., by that legal system which, by their express or implied selection, the parts intend to apply. In an imposing number of decisions, almost too numerous to be completely collected, the English courts have again and again asserted and applied that subjective theory of the proper law. They have thus adopted and indeed, guided a practice which, with the exception of a few countries, prevails all over the world. It is a truly unique victory which the subjective theory of proper law has attained in judicial practice and as a result of which the uniformity of law has been greatly fostered in an important field”*. The Proper Law of the Contract, In: *The International Law Quarterly*, Vol. 3, n.º 1, Published by: Cambridge University Press, janeiro 1950, pp. 60-73.

<sup>142</sup> ROVIRA, Suzan Lee Zaragoza de. Estudos comparativos sobre os contratos internacionais: aspectos doutrinários e práticos, In: *Contratos Internacionais*, Coordenador João Grandino Rodas, 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

Já nos Estados Unidos, adotava-se a regra da lei do local da celebração, conforme definia o *First Restatement of Law*<sup>143-144</sup>. Somente com a sua revisão, em 1971, e publicação do *Second Restatement of Law*, o princípio da autonomia da vontade foi abrangido de forma ampla.

ARAÚJO comenta que o *Second Restatement of Law* “introduziu importante modificação nas regras de conexão para a lei aplicável aos contratos internacionais, em caráter subsidiário, na ausência de escolha pelas partes: estabeleceu como norma de

---

<sup>143</sup> Sobre os *Restatements of Law*, é importante explicar que “*restatements are secondary sources that seek to ‘restate’ the legal rules that constitute the common law in a particular area. They are written by the American Law Institute (ALI), a prestigious legal organization composed of noted professors, judges and lawyers. The ALI has completed Restatements in 15 areas of law including Torts, Contracts, Property, Conflict of Laws, Foreign Relations Law, and Products Liability. In drafting a Restatement, the ALI divides the law analytically into hundreds of key legal issues or situations and then writes a rule of law governing that issue or situation, based on the rule preferred by the majority of states (or in some instances, the rule preferred by the drafting committee). Each rule is given a section number and is followed by “Comments” which explain the rule and the reasons for its adoption. Sometimes the Comments are followed by ‘Illustrations’, which show how the rule would apply in specific fact situations. Finally, most Restatement provisions conclude with “Reporters Notes,” which give the history of the provision and cite to the authority from which the rule is derived. Restatements are one of the most highly regarded types of secondary authority and have exerted considerable influence on the judicial process. Many courts have adopted Restatement sections verbatim as the law of their jurisdiction. Moreover, many law professors rely on Restatements in their courses as the definitive source of ‘black letter’ law. Restatements can be very useful in situations where the law in the jurisdiction you are researching is unclear or non-existent. In such a situation, you can rely on the Restatement to provide a clearly articulated rule that is most likely the one adopted by a majority of jurisdictions. Alternatively, where the jurisdiction whose law you are researching has adopted a Restatement section (or cited it with approval), you can use the comments and illustrations to that section to interpret and apply the legal rule. In addition, because Restatements are heavily annotated with case citations, they can be an excellent case-finding tool. Most of the Restatements are published in both a first and a second series. Restatement topics, such as Product Liability and Foreign Relations Law, are now published in a third series. The later series of a Restatement does not technically repeal the earlier series because some states have adopted a variety of Restatement sections from different series. Thus, you may still need to consult an earlier series of a Restatement in order to interpret a case that has adopted a section from that Restatement. On the other hand, if you are using the Restatement to fill a gap in the law of the jurisdiction whose law you are researching, it makes sense to consult the most recent series. Each Restatement consists of a set of topical volumes, which contain the actual legal rules and drafters’ commentary, and a set of Appendix volumes, which contain summaries of cases which have adopted or interpreted the Restatement rules”.* VALENTINE, Suzanne; EHRENBERG, Suzane. *Lecture Notes for Restatements of the Law*. Disponível em: <http://www.kentlaw.edu/academics/lrw/tutorials/restate.htm>. Acesso em: 25.08.2016.

<sup>144</sup> “According to the standard account, the theoretical basis for the First Restatement system for choice-of-law was the vested rights theory. Developed in this country by Joseph H. Beale<sup>6</sup> and in England by A.V. Dicey,<sup>7</sup> the theory explained the forum’s use of foreign legal rules in terms of the creation and enforcement of vested rights. According to the theory, the only law that could operate in a foreign territory was the law of the foreign sovereign.<sup>8</sup> When an event (a tort, for example) occurred in the foreign territory, a right was created; the content of that right, of course, could be determined only by reference to the foreign law. The role of the forum court in the choice-of-law process was merely to enforce the right that had vested in the foreign territory according to the foreign law.” William M. Richman, & David Riley. *The First Restatement of Conflict of Laws on the Twenty-Fifth Anniversary of Its Successor: Contemporary Practice in Traditional Courts*, 56 Md. L. Rev. 1196 (1997). Disponível em: <http://digitalcommons.law.umaryland.edu/mlr/vol56/iss4/4>. Acesso em: 25.08.2016.



*conexão a ideia dos vínculos mais estreitos, hoje conhecido como princípio da proximidade”*<sup>145</sup>.

Sobre o princípio da proximidade, leciona DOLINGER que a sua mensagem “*nas obrigações internacionais é de que, para cada situação há um sistema legal que é o mais próximo. uma lei que é boa e justa para dirimir o conflito entra as partes. Ao colocar estes parâmetros para a escolha da lei, aprendemos e ensinamos que todos temos uma oportunidade para contribuir ao desenvolvimento e à estabilização da vida humana sobre a terra*”<sup>146</sup>.

### **1.8. A autonomia do comércio internacional**

Para que seja possível adentrar à análise específica da *lex mercatoria*, é importante conceituar e avaliar alguns pontos referentes ao próprio comércio internacional, tendo em vista que a aplicação da *lex mercatoria* é específica aos contratos que envolvem transações e negócios multinacionais nesse âmbito.

Para STRENGER, o comércio internacional “*é atividade que traduz uma visão projetiva trans-fronteiras de todos acontecimentos que envolvem intercâmbios visíveis e invisíveis manifestados pelos mecanismos da compra e venda de mercadorias, transferência de tecnologia, investimentos, representações e outros entendimentos que possibilitem a consecução de lucros e vantagens para as partes intervenientes, compreendendo os atos formais dessas relações*”<sup>147</sup>.

Observa-se que com a crescente globalização ocorrida, em especial, por conta do alto desenvolvimento tecnológico, os Estados passaram a ter a possibilidade de expandir o intercâmbio transnacional e, com isso, novas modalidades contratuais surgiram e exigiram uma evolução do direito regente dessas relações.

A nova gama de situações introduzidas pela expansão dos negócios internacionais gerou inúmeras dúvidas no âmbito jurídico do comércio internacional, tendo em vista que as relações deveriam ser regidas por um sistema que possibilitasse o seu dinâmico desenvolvimento.

---

<sup>145</sup> ARAÚJO, Nádía. *Uma visão econômica do direito internacional privado...*, p. 436.

<sup>146</sup> DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado...*, p. 23.

<sup>147</sup> I. STRENGER. *Direito do comércio internacional...*, p. 21.

Como bem pontuaram LOUSSOUARN e BREDIN, “*la méfiance à l’égard des juges nationaux conduit naturellement à l’élaboration d’un droit spécifique du commerce international*”<sup>148</sup>.

A autonomia da vontade das partes na escolha da lei aplicável às relações contratuais possibilitou a evolução do comércio internacional, que não poderia ter como base uma lei estatal engessada e estática, mas sim um conjunto de normas dinâmicas e que atendessem a pluralidade de relações multinacionais que o intercâmbio entre os países permite.

O direito do comércio internacional se desenvolve, assim, no próprio ambiente internacional, razão pela qual os atos pelos quais se realizam ultrapassam a esfera nacional dos Estados e, por isso, exigem regras compatíveis com a sua natureza.

Nesse sentido, STRENGER defende que “*o comércio internacional se circunscreve às suas próprias necessidades com tendências isolacionistas e uma incessante busca de auto-satisfação, sem considerar a hipótese de qualquer submissão legal que não seja aquela oriunda das exigências manifestadas através da atuação desempenhada e na qual se procura atender recíprocas conveniências*”<sup>149</sup>.

Portanto, verifica-se que o direito do comércio internacional é autônomo às regras contidas no direito interno, pois visa a regular relações nascidas fora do âmbito do direito estatal e que exigem regras específicas, distintas e, muitas vezes, complementares às aplicadas ao direito doméstico e que permitem o seu desenvolvimento natural.

---

<sup>148</sup> Yvon Loussouarn et Jean Denis Bredin. *Droit du Commerce International*, Ed. Siren, Paris, 1969, p. 10.

<sup>149</sup> I. STRENGER. *Direito do comércio internacional...*, p. 28.

## CAPÍTULO II - A *LEX MERCATORIA*

### 2.1. Evolução: da antiga à nova *lex mercatoria*

É comum que se reconheça o costume como uma das fontes de obrigações contratuais, dentro do direito comercial internacional. Esse entendimento está tão consolidado que, atualmente, há, inclusive, fundamentos para justificar a existência de um sistema normativo autônomo e independente da soberania estatal.

A referida autonomia teria sido alcançada com a uniformização das fontes normativas, em especial as baseadas nas próprias práticas comerciais, precedentes arbitrais, cláusulas contratuais padrão e tentativas de harmonização do direito comercial internacional, tais quais, os Princípios UNIDROIT, Regulamentos UNCITRAL, ICSID ou da OMPI<sup>150</sup>.

A *lex mercatoria* também se insere nesse contexto de ascensão da importância do costume internacional e da autonomia da vontade das partes. Desenvolvida pelos comerciantes da Europa medieval, a antiga *lex mercatoria* era um sistema jurídico próprio para a resolução de conflitos cujos objetos eram, basicamente, os negócios marítimos.

Baseado eminentemente na noção de boa-fé<sup>151</sup>, pelo seu caráter universalista e uniformizado, o referido ordenamento jurídico não era imposto por uma autoridade central, o que demonstra sua evolução por meio do costume comercial.

A antiga *lex mercatoria*, segundo BERMAN e KAUFMAN, governava uma classe específica (os mercadores) em lugares especiais (feiras, mercados e portos)<sup>152</sup>. Cuidava, assim, dos direitos e obrigações no exercício da profissão, sendo que questões que extrapolassem as atividades profissionais estariam submetidas a outros ordenamentos jurídicos ou sistemas de normas.

O objetivo desse sistema era a criação de um ambiente propício para a maximização das transações comerciais com segurança jurídica. Por essa razão, o sistema deveria ser

---

<sup>150</sup> W. AFANADOR. *La nueva lex mercatoria: un caso pionero en la globalización del derecho*, In: *papel político*, n.º 13, 2001, p. 110-111.

<sup>151</sup> CHEN, Jim C. *Code, Custom and Contract: The Uniform Commercial Code as Law Merchant*, In: *Texas International Law Journal*, v. 27, 1992, pp. 91-136.

<sup>152</sup> H. J. BERMAN; C. KAUFMAN. *The Law of International Commercial Transactions (Lex Mercatoria)*, In: *Harvard International Law Journal*, Cambridge, 1978, p. 225.

capaz de lidar com padrões informais, céleres e flexíveis da classe mercantil. Ademais, as fontes da antiga *lex mercatoria* se pautavam nos estatutos, corporações de ofício, usos mercantis e precedentes das cortes dos mercadores<sup>153</sup>.

De acordo com os ensinamentos de ARAÚJO e PIRES, a antiga *lex mercatoria* surgiu “do esforço da comunidade de comerciantes da Idade Média em superar as regras inadequadas e obsoletas das leis feudais e romanas que não mais respondiam às necessidades do comércio internacional, criando desta forma um conjunto de regras uniformes e obrigatórias a reger as relações comerciais, constituindo, então, uma lei mercantil de caráter cosmopolita baseada em usos e costumes comerciais”<sup>154</sup>.

No mesmo sentido, CONNERTY menciona que “a medieval law merchant has exist in England for centuries. It was administered by courts in which merchants themselves were the judges. These courts dealt with disputes involving both English traders and foreign merchants. The law applied was not the domestic law of England but a general law based on mercantile codes and practices”<sup>155</sup>.

Contudo, com a centralização política e a formação dos Estados modernos, ocorreu a nacionalização do *ius mercatorum*. Em verdade, os monarcas compreenderam a importância do comércio internacional para o fortalecimento e própria sustentação do poder político, o que resultou na criação de leis próprias que versassem sobre o tema, dentro de cada sistema normativo.

Diante disso, com o pensamento mercantilista “o direito positivo foi eleito o meio mais adequado para regular o comércio internacional, em franca expansão, também, em razão do crescente aprimoramento das técnicas produtivas. Iniciou-se um formalismo crescente em relação às fontes de direito, seja em relação ao meio de produção do direito, seja quanto a seus agentes produtores”<sup>156</sup>. Nesse contexto, houve a substituição como fonte primária do direito, dos usos pela lei.

---

<sup>153</sup> F. GALGANO, *Lex mercatoria...*, p. 37.

<sup>154</sup> PIRES, Eduardo; ARAÚJO, Neiva, *Lex mercatoria e arbitragem internacional: alternativas para a regulação e solução de conflitos do comércio internacional*. Disponível on-line: [http://www.academia.edu/30422626/LEX\\_MERCATORIA\\_NA\\_REGULA%C3%87%C3%83O\\_DOS\\_CONTRATOS\\_INTERNACIONAIS.pdf](http://www.academia.edu/30422626/LEX_MERCATORIA_NA_REGULA%C3%87%C3%83O_DOS_CONTRATOS_INTERNACIONAIS.pdf). Acessado em 30.06.2017.

<sup>155</sup> CONNERTY, Anthony. *Lex mercatoria reflections from an English Lawyer*, *Arbitration International*, Vol 230, n.º 4, LCIA, 2014, p. 701.

<sup>156</sup> A. SHULZ, *Os contratos comerciais...*, p. 58.

Embora os interesses mercantis coincidissem, em parte, com os interesses políticos dos Estados, a nacionalização da *lex mercatoria* era contrária a sua própria essência cosmopolita, desterritorializada e universal, impedindo a adaptação do direito a novas circunstâncias econômicas pela própria limitação ou exclusão do papel dos usos na criação e desenvolvimento das normas<sup>157</sup>.

GOLDMAN bem apontou que com a nacionalização do direito deixou de existir, à época, um desenvolvimento do direito internacional privado unificado, sendo que a existência de diversos sistemas diferentes se tornou um entrave ao próprio comércio<sup>158</sup>, tendo em vista que o direito positivado pelo Estado não atendia de forma célere e flexível as necessidades dos mercados.

Em verdade, o fato se torna mais problemático quando surgem conflitos em relações jurídicas com um ou mais elementos estrangeiros, por conta da dúvida em relação a qual lei nacional seria aplicável para a sua solução. A situação se agrava, ainda, quando há dúvidas em relação ao foro competente para julgar os conflitos decorrentes dessas relações jurídicas.

Diante desses entraves, vê-se na arbitragem transnacional uma saída tanto para a própria comunidade mercantil, quanto para os próprios Estados superarem os problemas supramencionados, tendo em vista a possibilidade prévia da escolha da lei aplicável, bem como de eleição do foro.

De certo, a arbitragem alavancou o surgimento da nova *lex mercatoria* e, nesse sentido, vale citar que MARRELLA ressalta que o Protocolo de Genebra de 1923 relativo às convenções de arbitragem foi o primeiro passo de um longo caminho que permitiu o gradual renascer da *lex mercatoria*<sup>159</sup>.

Ademais, outro fator que permitiu o renascer da *lex mercatoria* foi a crescente importância da Lei-Modelo da UNCITRAL, de 1985, adotada por mais de 60 países e utilizada como base ou similar à lei de arbitragem.

Também a difusão internacional das práticas contratuais do mundo dos negócios e dos usos comerciais internacionais, com influência fundamental das associações comerciais, que proliferaram desde o século XVIII, podem ser apontadas como outro fator preponderante para a formação da nova *lex mercatoria*.

---

<sup>157</sup> H. J. BERMAN, C. KAUFMAN, *The Law of...*, pp.227-228.

<sup>158</sup> B. GOLDMAN, *Frontières du droit...*, p. 178.

<sup>159</sup> F. MARRELLA, *La nueva lex mercatoria...*, pp. 80-81.

## 2.2. O conceito de nova *lex mercatoria*

Atualmente, a expressão *lex mercatoria* nem sempre é utilizada para se referir ao mesmo fenômeno. Muitas vezes, o termo é empregado em uma acepção mais ampla, como por exemplo, para se referir ao conjunto de todas as relações econômicas transnacionais ou direito econômico internacional. Por outro lado, o termo pode assumir um sentido restrito e associado a apenas uma parte do comércio internacional ou, até mesmo, um direito anacional. Nesse contexto, cabe definir o significado exato da expressão utilizada neste estudo.

SCHMITTHOFF define a *lex mercatoria* atual como “*the law of international trade emerges today as a body of autonomous legal ruler, to a large measure independent of national systems of law, founded on the universally recognizes twin principles of freedom of contracting and recognition of comercial arbitration awards, and supplemented by inter-national legislation dealing with specific topics. The new lex mercatoria is formulated in general conditions of sale and standard forms of contract t accepted by the international business community and in international conventions and uniform statues incorporated by states into this municipal law*”<sup>160</sup>.

Já para GOLDMAN, a nova *lex mercatoria* seria “*a set of general principles and customary rules spontaneously referred too or elaborated in the framework of international trade, without reference to a particular system of law*”<sup>161</sup>.

Destaca-se que, para GOLDMAN, a *lex mercatoria* surge como um meio encontrado pelos agentes do comércio internacional de superar os obstáculos impostos pelas soluções oferecidas pelo direito positivado dos Estados, razão pela qual se utilizavam desse sistema, fruto da autonomia da vontade e elaborado a partir da prática reiterada e efetiva nas relações comerciais e soluções arbitrais, formando assim, um um corpo autônomo de direito.

---

<sup>160</sup> C. SCHMITTHOFF. International Business Law – A new Law Merchant, In: *Select Essays on International Trade*, Chia-Jui Cheg (ed.), Dortrech, Boston, London, Martinus Nijhoff Publishers e Grahah&Trotman, 1988, p. 36.

<sup>161</sup> B. GOLDMAN. The applicabe law – general principles of law - the “lex mercatoria”, In: *Comtemporary problems in international arbitration*, Julian D.M. Lew, Center of Commercial Studies, London, 1986, p. 116; H. HUCK. *Sentença Estrangeira e Lex Mercatoria – Horizontes e Fronteiras do Comércio Internacional*, São Paulo, Saraiva, 1994, p. 116, entre outros, entende que o jurista francês revisitou seus entendimentos sobre o tema, recuando e adotando outra posição quanto a constituir a um ordenamento jurídico.

STRENGER conceitua a *lex mercatoria* como “um conjunto de procedimentos que possibilita adequadas soluções para as expectativas do comércio internacional, sem conexões necessárias com os sistemas de forma juridicamente eficaz”<sup>162</sup>.

FERRARESE, por sua vez, sustenta que a *lex mercatoria* está relacionada à um conjunto de medidas jurídicas comerciais produzidas de modo privado pelo mundo empresarial que são dotadas de especialidade e universalidade. Ou seja, tratar-se-ia, portanto de um direito cosmopolita e uma forma de comunicação universal superior às barreiras estatais<sup>163</sup>.

Para os fins deste estudo, ponderadas as definições acima expostas, adota-se a noção mínima de *lex mercatoria* como um direito material, transnacional, cujas regras são criadas de forma espontânea pela própria classe mercantil, aplicada aos contratos internacionais e que permitem uma comunicação universal.

Feitas essas ponderações, é possível observar que a diferença fundamental entre a antiga e a nova *lex mercatoria* está na presença do Estado. CUTLER destaca que na *lex mercatoria* medieval, o papel do Estado se limitava a uma questão de segurança e pacificação nas próprias feiras e mercados, de forma que eram agentes externos aos negócios dos comerciantes. Porém, atualmente, a autonomia do mercado atua com base nos suportes oferecidos pelas próprias autoridades públicas<sup>164</sup>, o que faz com que a aplicação da *lex mercatoria* esteja vinculada aos limites impostos pelos Estados, em especial no que toca ao reconhecimento do princípio da autonomia da vontade em DIP.

### 2.3. Fontes

Sobre as fontes da nova *lex mercatoria*, é importante salientar, de início, que, embora não haja dissenso quanto aos instrumentos que a criaram, sua sistematização frequentemente costuma apresentar algumas diferenças entre os juristas. Conforme pontua SCHULZ, “em geral, a presença de princípios gerais e de decisões arbitrais não costumam

---

<sup>162</sup> I. STRENGER. *Direito do Comércio...*, p. 78.

<sup>163</sup> M. FERRARESE. *Le intituzioni dela globalizzazione – diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, Il Mulino, 2000, pp. 90-91.

<sup>164</sup> A.C. CUTLER. *Private Power ang Global Authority – Trannacional Mechant Law in the Global Political Economy*, Cambridge, 2003, p. 190.

*ter objeções, mas por vezes os contratos-tipo ou padrão e as cláusulas gerais são tratados como fonte adicional da lex mercatoria*”<sup>165</sup>.

Nesse contexto, STRENGER ressalta que as fontes que formam a nova *lex mercatoria* não são estáticas e, diferentemente das normas estatais, tem como origem “*todos os mecanismos que fazem parte do profissionalismo que caracteriza o intercâmbio mercantil, aperfeiçoado ou alterado pelas técnicas que resultam da cooperação interdisciplinar*”<sup>166</sup>.

Em que pese os diversos posicionamentos doutrinários acerca da limitação das fontes da nova *lex mercatoria*, para os fins do presente estudo considera-se a classificação adotada por VIRALI<sup>167</sup>, FRIGNANI<sup>168</sup> e OSMAN<sup>169</sup> que as delimitam como os princípios gerais de direito, usos e as regras estabelecidas pela jurisprudência arbitral.

Salienta-se, ainda, que inexistem restrições acerca da proveniência das normas da *lex mercatoria*, em que pese esta não estar atrelada a um território jurídico específico. Em outras palavras, podem ser adotadas regras de diferentes sistemas jurídicos, sem que, no entanto, a *lex mercatoria* passe a estar a eles vinculada. Feitas essas considerações iniciais, passa-se à análise individual das atuais fontes da nova *lex mercatoria*.

### **2.3.1. Princípios gerais**

De acordo com o laudo da CCI 3896/1982, os princípios da nova *lex mercatoria* “*sont à la base de toute relation contractuelle, notamment dans les rapports internationaux, et qui sont consacrés em particulier par les usages du commerce international e par le droit international*”<sup>170</sup>.

Os princípios são dotados de abstração e generalidade, contudo, na nova *lex mercatoria* essas características são relativizadas ou mitigadas. Isso porque a ausência de

---

<sup>165</sup> A. SHULZ, Os contratos comerciais..., p. 86.

<sup>166</sup> I. STRENGER. *Direito do Comércio...*, p. 83.

<sup>167</sup> M. VIRALLY. Um tiers droit? Refléxions theoriques, In: *Droit des relations économiques internationales – études offertes a Berthold Goldman*, Paris, Litec, 1982, p. 384.

<sup>168</sup> A. FRIGNANI. L' Arbitrato Commerciale Internazionale - v. XXXIII - *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell' economia diretto da Francesco Galgano*, Padova, Cedam, 2004, p. 139.

<sup>169</sup> F. OSMAN. *Les principes généraux de la lex mercatoria – contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, Paris, Libr. Générale de droit et de jurisprudence, 1992, p. 18.

<sup>170</sup> A. FRIGNANI, L'arbitrato commerciale Internazionale..., p. 142.



normas supletivas da vontade das partes acaba por dar maior relevância aos princípios, pois devem ser suficientes para enunciar regras específicas de comportamento.

Ressalta-se que tanto os princípios gerais do direito, quanto os princípios específicos do comércio internacional são considerados como fontes da nova *lex mercatoria*.

Por meio dos princípios gerais é possível “*dégager les grandes règles qui donneront du corps à un ensemble diffus, de structurer d’un point de vue juridique des relations commerciales par hypothèse transnationales*”<sup>171</sup>, além de servirem como base para novas regras jurídicas na *lex mercatoria*.

De acordo com os ensinamentos de GOLDMAN, os princípios gerais se incorporam à *lex mercatoria* por recepção, o que significa que forma um sistema em sentido próprio, completo e auto-suficiente<sup>172</sup>. Nesse sentido, ainda explica que “*car la lex mercatoria est un ensemble des principes, des institutos et des règles que sont puisés à toutes les principes general du droit aient été élaborés à partir de systèmes juridiques nationaux n’empêche pas qu’ils ne puisent par leur autorité dans ces systèmes, mais dans la conscience qu’en a prise la société internationale exprimée par la jurisprudence de la Cour Permanente de Justice Internationale et de la Cour Internationale de Justice, qui lui a succédé, et actuellement enrichie par celle des tribunaux arbitraux de droit privé*”<sup>173</sup>.

Em verdade, é comum que os princípios gerais sejam equivalentes aos princípios de direito interno e internacional, no entanto o próprio ato do seu reconhecimento como conteúdo da nova *lex mercatoria* pressupõe uma diferenciação em relação ao respectivo direito transnacional.

Conforme bem explica SHULZ, “*mesmo que uma parte dos princípios seja elaborada a partir de um trabalho de síntese dos direitos nacionais, sua juridicidade deriva não das ordens jurídicas estatais, mas da lex mercatoria, que exerce um papel de ordem jurídica receptora. Ou seja, a aplicação de um determinado princípio ou regra a título de lex mercatoria se dá não porque ele pertence a um ou outro sistema jurídico, mas porque tem caráter transnacional*”<sup>174</sup>.

---

<sup>171</sup> P. KAHN, *Les principes généraux...*, pp. 307 e 319.

<sup>172</sup> B. GOLDMAN, *La lex mercatoria dans les contrats...*, p. 479 e ss.

<sup>173</sup> *Ibidem*.

<sup>174</sup> A. SHULZ, *Os contratos comerciais...*, p. 89.

Existem, portanto, princípios próprios e específicos da nova *lex mercatoria* que podem estar relacionados à (i) negociação e formação do contrato; (ii) execução do contrato e (iii) sua interpretação. Além desses, FRAGNANI acrescenta os chamados super-princípios (*oberbegriffe*): *pacta sunt servanda* e boa-fé<sup>175</sup>.

Os demais princípios gerais podem ser abstraídos não só de laudos arbitrais, mas também de outras fontes de cognição. Atualmente, vale destacar como fonte cognitiva, a elaborada pelo Centro de Direito Transnacional (*Center of Transnational Law – CENTRAL*), de Colônia, Alemanha, comandada por Klaus e encontrada no sítio *trans-lex.org*<sup>176</sup>.

A referida página eletrônica tem como método a elaboração de listas com regras, princípios e padrões do direito comercial transnacional, já aceitos na política arbitral e contratual internacional a partir de várias fontes. A característica principal dessa “lista” é ser *open-ended*, ou seja, não é um produto considerado acabado e definitivo, mas em constante desenvolvimento e acessível a todos.

No mais, os Princípios UNIDROIT para os Contratos Comerciais Internacionais também são uma importante fonte de cognição da nova *lex mercatoria* e consistem em um conjunto de regras aplicáveis aos contratos internacionais. Podem ser utilizados quando as partes fizerem referência à aplicação dos princípios gerais de direito, à própria *lex mercatoria* ou ainda quando não lhes fizerem referência<sup>177</sup>.

Para a *lex mercatoria*, os Princípios UNIDROIT são relevantes, pois “*may be applied when the parties have agreed that their contract be governed by general principles of law, the lex mercatoria or the like*”<sup>178</sup>.

Desde 2000, ao menos 444 decisões fizeram alusão aos Princípios UNIDROIT, originadas tanto de tribunais arbitrais, como de outros tribunais, incluindo a Corte de Justiça

---

<sup>175</sup> A. FRAGNANI, *L'arbitrato commerciale Internazionale...*, p. 143.

<sup>176</sup> Disponível online em: [www.trans-lex.org/principles/](http://www.trans-lex.org/principles/). Acesso em: 23/05/2017.

<sup>177</sup> Nesse sentido, vale verificar o Preâmbulo dos Princípios UNIDROIT 2010: “*These Principles set forth general rules for international commercial contracts. They shall be applied when the parties have agreed that their contract be governed by them. They may be applied when the parties have agreed that their contract be governed by general principles of law, the lex mercatoria or the like. They may be applied when the parties have not chosen any law to govern their contract. They may be used to interpret or supplement international uniform law instruments. They may be used to interpret or supplement domestic law. They may serve as a model for national and international legislators*”. Disponível online em: <http://www.unidroit.org>. Acesso em: 17.05.2017.

<sup>178</sup> Disponível online em: <http://www.unidroit.org>. Acesso em: 17.05.2017.

Europeia, o Centro Internacional de Soluções de Disputas de Investimentos (“ICSID”) e tribunais estatais<sup>179</sup>.

Nesse contexto, CONNERTY leciona que *“the Principles set forth general rules for international commercial contracts, and shall be applied when the parties have agreed that their contract be governed by them, and may be also be applied when the parties have not chosen any law to govern their contracts”*<sup>180</sup>.

SHULZ explica que *“a utilização dos Princípios UNIDROIT, como sistema normativo, só é possível em tribunais arbitrais. Portanto, a investigação sobre a possibilidade de sua aplicação a tal título, na ausência de escolha das partes limitar-se-á a este modo de solução de controvérsias”*<sup>181</sup>.

Destaca-se que a possibilidade de ampla aplicação dos Princípios UNIDROIT só é verificada no âmbito arbitral, tendo em vista a limitação ao princípio da autonomia das partes perante a justiça estadual. Nesse sentido, conforme constata SHULZ, *“no âmbito estadual as disposições dos Princípios UNIDROIT serão incorporadas ao contrato como cláusulas contratuais, e sujeitas não só a ordem pública nacional, como às demais regras cogentes aplicáveis aos contratos”*<sup>182</sup>.

Dessa forma, conclui-se que a aplicação dos Princípios UNIDROIT como sistema normativo só é possível no campo das arbitragens, tendo em vista que nesse procedimento, em geral, as partes tem ampla autonomia para a escolha das lei aplicável, seja nacional ou não.

A esse respeito, destaca-se que na ausência de escolha das partes acerca da lei aplicável, os árbitros podem optar pela utilização dos Princípios UNIDROIT. O referido posicionamento foi coinsolidado pela jurisprudência arbitral e, atualmente, é chamado de teoria da vontade implícita negativa ou escolha negativa.

Essa teoria está fundamentada no Laudo CCI 7375/1996: *“in other words, if a contract such as Contract n°. 1 does not contain a choice of law provision, then this must be viewed as a ‘shouting silence’, at least an ‘alarming silence’, un silence inquiétant’; thus, a*

---

<sup>179</sup> Dados disponíveis online em: <http://www.unilex.info/dynastie.cfm?dssid=2377&dmid=136188&x=I>. Acesso em 23/05/2017.

Salienta-se que o número apontado não reflete todas as decisões arbitrais que fizeram referência aos Princípios UNIDROIT, tendo em vista que nem todos os laudos são publicados.

<sup>180</sup> CONNERTY, Anthony. *Lex mercatoria...*, p. 714.

<sup>181</sup> A. SHULZ, *Os contratos comerciais...*, p. 85.

<sup>182</sup> *Ibidem*, p. 94.

*silence which must ring a bell and requires the Tribunal to look 'behind' so as to understand why the parties have failed to include 'the obvious' (...) The Majority of Arbitrators have no reason to doubt that, indeed, none of the Parties, when entering Contract n° 1, would have been prepared to accept the other Party's national law". Assim, os árbitros decidiram aplicar os Princípios UNIDROIT, na medida em que eles pudessem refletir "generally accepted principles and rules".*

Analisados os Princípios UNIDROIT, pode-se concluir que estes constituem uma compilação não exaustiva e parcial da nova *lex mercatoria*. Nesse sentido, MARELLA afirma que *"come insegna l'esperienza statunitense dei Restatements, i Principi possono contenere soluzioni innovative che, come tali, risultano estrenee agli usi del commercio internazionale"*<sup>183</sup>.

Por outro lado, BORTOLOTTI defende que os Princípios UNIDROIT não poderiam ser considerados como uma compilação e expressão da *lex mercatoria*, porquanto existem diferenças marcantes em relação aos princípios e práticas adotadas pelos operadores comerciais. Uma das divergências que pode ser apontada se refere às cláusulas *hardship*, como inclusive reconheceu o laudo CCI 8873 de 1997, que recusou a aplicação dos Princípios UNIDROIT sob este fundamento<sup>184</sup>.

Portanto, deve-se verificar no caso concreto se os Princípios UNIDROIT podem ser considerados como expressão da *lex mercatoria*. Apesar da existência de diferenças em relação à alguns de seus conceitos, como as cláusulas *hardship*, os Princípios UNIDROIT ainda podem ser considerados como uma fonte parcial da *lex mercatoria*.

---

<sup>183</sup> F. MARELLA, *La nueva lex mercatoria...*, p. 279.

<sup>184</sup> "Or, si l'on peut admettre l'existence d'une tendance, dans certaines branches, à stipuler avec une certaine continuité des clauses de hardship, il est certain que dans la pratique des affaires l'obligation de rééquilibrer le contrat (par la négociation et, le cas échéant, par l'intervention d'un tiers, comme prévu dans l'article 6.2.3, paragraphe 4 des Principes UNIDROIT), qui caractérise la hardship, constitue un principe tout-à-fait exceptionnel, qui n'est accepté que dans le cadre de clauses contractuelles, qui devront déterminer en détail les situations justifiant la hardship ainsi que les conséquences de celle-ci. Il est donc exclu que l'on puisse considérer les dispositions en matière de hardship contenues dans les "Principes UNIDROIT" comme des usages du commerce. Il s'agit, au contraire, de règles qui ne correspondent pas, au moins à l'état actuel, à la pratique courante des affaires dans le commerce international et qui ne seront par conséquent applicables que lorsque les parties y ont fait une référence expresse, ce qui n'est pas le cas ici". Disponível on-line em: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=641>.

### 2.3.1.1. Princípio da boa-fé objetiva

O princípio da boa-fé objetiva é um dos pilares fundamentais à nova *lex mercatoria*, e segundo AGUIAR JÚNIOR, é definida como “*um princípio geral de Direito, segundo o qual todos devem comportar-se de acordo com um padrão ético de confiança e lealdade. Gera deveres secundários de conduta, que impõem às partes comportamentos necessários, ainda que não previstos expressamente nos contratos, que devem ser obedecidos a fim de permitir a realização das justas expectativas surgidas em razão da celebração e execução da avença*”<sup>185</sup>.

MARQUES também define a boa-fé objetiva como “*uma atuação refletida, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando os seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem causar lesão ou vantagens excessivas, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização do interesse das partes*”<sup>186</sup>.

O princípio da boa-fé é considerado como norteador das obrigações contratuais inclusive nos ordenamentos jurídicos estatais. O Código Civil português, por exemplo, a define no artigo 227.º, ao estabelecer que “*quem negocia com outrem para a conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da bo-afé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte*”. No mesmo sentido dispõem o Código Civil francês<sup>187</sup>, italiano<sup>188</sup> e alemão<sup>189</sup>, por exemplo.

No Brasil, o Código Comercial de 1850 prevê a boa-fé objetiva em seu artigo 1.131.º, inciso I, como elemento importante para a interpretação dos negócios jurídicos.

---

<sup>185</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Cláusulas abusivas no Código do Consumidor, In: MARQUES, Cláudia Lima (coord.). *Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1004, p. 18.

<sup>186</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor...*, p. 106.

<sup>187</sup> “Artigo 1.134.º - *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux que les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi*”.

<sup>188</sup> “Artigo 1337.º - *Trattative e reponsabilità precontrattuale: Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione des contrato, devono comportasi secondo buona fede*”.

<sup>189</sup> “§242: *Leistung nach Treu and Glauben. Der Schuldner ist verpflichtet, die Leinten so \u bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssite es efordern*”.

Apesar de não previsto no Código Civil de 1916, o princípio da boa-fé objetiva foi incorporado pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 9.708/1990), nos artigos 4.º, inciso III e 51.º, inciso IV.

Posteriormente, com a edição do Código Civil de 2002 (Lei nº 10.406/2002), o princípio finalmente foi consagrado no artigo 422.º, o qual aduz que “*os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé*”. Destaca-se que a jurisprudência reconhece que a boa-fé objetiva incide, inclusive, no decorrer dos processos judiciais, o que decorre do dever de lealdade processual previsto no novo Código de Processo Civil.

Também no âmbito internacional, a boa-fé objetiva é tida como um dos pilares para as relações contratuais, em especial no que se refere ao seu papel na nova *lex mercatoria*, ocasião na qual assume um conteúdo transnacional. Nesse sentido, MAYER observa que “*ne se borne pas à recevoir en son sein les solutions consacrées par les droits étatiques; elle donne au principe de bonne foi un rôle plus dynamique, inconnu (ou invisible) dans les droits des Etats*”<sup>190</sup>.

A aplicação do princípio da boa-fé fica mais visível quando se analisa os Princípios UNIDROIT, ocasião na qual se percebe sua aplicação não só em relação à manutenção do equilíbrio entre as partes, mas também nos deveres de cooperação, lealdade e honestidade.

O artigo 1.7.º dos Princípios UNIDROIT estabelece que “*each party must act in accordance with good faith and fair dealing in international trade*” e, ainda que as partes “*may not exclude or limit this duty*”. O referido dispositivo permeia o restante dos Princípios UNIDROIT, conforme se observa dos artigos 2.1.15.<sup>o191</sup>, 2.1.16.<sup>o192</sup>, 4.1.<sup>o193</sup>, 4.8.<sup>o194</sup>.

---

<sup>190</sup> P. MAYER, *Les principes généraux...*, p. 18.

<sup>191</sup> “(1) A party is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement. (2) However, a party who negotiates or breaks off negotiations in bad faith is liable for the losses caused to the other party. (3) It is bad faith, in particular, for a party to enter into or continue negotiations when intending not to reach an agreement with the other party”.

<sup>192</sup> “Where information is given as confidential by one party in the course of negotiations, the other party is under a duty not to disclose that information or to use it improperly for its own purposes, whether or not a contract is subsequently concluded. Where appropriate, the remedy for breach of that duty may include compensation based on the benefit received by the other party”.

<sup>193</sup> “(1) A contract shall be interpreted according to the common intention of the parties. (2) If such an intention cannot be established, the contract shall be interpreted according to the meaning that reasonable persons of the same kind as the parties would give to it in the same circumstances”.

<sup>194</sup> “(1) Where the parties to a contract have not agreed with respect to a term which is important for a determination of their rights and duties, a term which is appropriate in the circumstances shall be supplied. (2) In determining what is an appropriate term regard shall be had, among other factors, to (a) the intention of the parties; (b) the nature and purpose of the contract; (c) good faith and fair dealing; (d) reasonableness”.

De acordo com as observações de BERGER, “*within the UPICC (Princípios UNIDROIT) the notion of good Faith is qualified in that it is mentioned, in Article 1.7. (1), concurrently with the ideia of ‘fair dealing in international trade’. This was done so as to make it clear from the standards of bilateral (or multilateral) contractual relationship, not according to standards of their respective legal systems, but according to a far reaching objective standard to be found among business men in international trade, amounting to ‘fairness in the market place’. This objective understanding of the notion of good faith in international business is not only in line with the approach taken in Sec. 1.302 (b) UCC, but is also reflected in English legal practice where the principle of good faith is always seen in the context of honesty, fairness and reasonableness that prevail in the relevant legal community*”<sup>195</sup>.

Em que pese a consagração da boa-fé pelos Princípios UNIDROIT, é certo que tanto a doutrina, quanto a jurisprudência arbitral<sup>196</sup>, têm um papel fundamental no desenvolvimento da sua extensão, o que acarreta consequentemente no desenvolvimento da própria *lex mercatoria*.

### 2.3.2. Usos e costumes comerciais

De acordo com o *Uniform Commercial Code* (UCC), “*a usage of trade is any practice or method of dealing having such regularity of observance in a place location or trade as to justify an expectation that will be observed with respect to the transaction in question*”<sup>197</sup>.

Em outras palavras, os usos são a repetição no tempo de práticas difusas, modelos contratuais e de cláusulas com a convicção de que tais práticas são ou devem ser jurídicas. Além disso, pressupõem a *opinio iuris*, ou seja, dependem da ação pelo restante dos operadores de tais condições gerais ou contratos<sup>198</sup>.

---

<sup>195</sup> K.P. BERGER. *The concept of the “creeping codification” of transnational law*. Disponível online em: [www.trans-lex.org/000004](http://www.trans-lex.org/000004). Acesso em 01.06.2017.

<sup>196</sup> Pode-se observar a consagração do princípio da boa-fé no âmbito arbitral, por meio dos laudos CCI 2291/1975, CCI 2508/1976, CCI 11849/2003. Disponíveis online em: <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=&step=Fulltext>. Acesso em: 19.05.2017.

<sup>197</sup> Disponível online em: <http://www.law.cornell.edu/ucc/1/article1.htm#s1-303>. Acesso em: 22-05-2017.

<sup>198</sup> AF. FRIGNANI. *L'arbitrato commerciale Internazionale...*, p. 143.

Com propriedade, SHULZ ensina que “na nova *lex mercatoria* os usos, além de fonte, têm função ou relevância contratual, quando os contraentes de modo implícito ou expresso a eles fazem referência, e também meta-contratual, ou seja, de interpretação sistemática e integração das cláusulas contratuais e de preenchimento de lacunas”<sup>199</sup>.

Os usos constituem a fonte com mais dinamismo da *lex mercatoria*. Representam a prática adotada pelos agentes do comércio internacional e que, posteriormente, traduzem-se em conteúdo da *lex mercatoria*.

Ao longo do tempo, os usos têm sido objeto de compilação por diversas organizações internacionais e intergovernamentais com o escopo de constituir um padrão aplicável aos contratos internacionais.

Destaca-se que a CCI tem um importante papel da elaboração dos usos formulados, como por exemplo, as cláusulas-padrão que podem consistir em cláusulas arbitrais, as *hardship clauses*, bem como os INCOTERMS que podem estar relacionadas à obrigações, transporte e regime de responsabilidade nos contratos de venda e compra internacionais.

Ademais, caminhando ao lado das cláusulas-padrão, a prática contratual se baseia nos contratos-tipo ou modelos contratuais, em especial no que se refere aos contratos atípicos.

Assim, algumas instituições, baseadas nos usos comerciais, elaboraram alguns importantes contratos-tipos, como por exemplo, a Comissão de Prática Comercial Internacional da CCI, que criou o modelo de contrato de representação comercial internacional (*ICC Model Commercial Agency Contract*), o modelo de contrato de distribuição (*ICC Model Distributorship Contract*), o modelo de contrato de franquia internacional (*icc Model International Franchising Contract*), entre outros<sup>200</sup>.

Com efeito, a vantagem dos modelos disponibilizados pelas instituições é a neutralidade perante a escolha e a aplicação das regras. Portanto, além de não terem sido elaborados por qualquer das partes, os contratos-tipo lhes possibilitam a faculdade de remissão a um padrão internacional em alternativa às leis nacionais que podem ser fator de desequilíbrio<sup>201</sup>.

---

<sup>199</sup> A. SHULZ. *Os contratos comerciais...*, p. 85.

<sup>200</sup> Disponível online em: [www.iccwbo.org](http://www.iccwbo.org). Acesso em: 22-05-2017.

<sup>201</sup> F. BORTOLOTTI. *The ICC Model Contracts*, In: *New Trend in International Trade Law – Contributions on the Occasion of 10 Anniversary of the International Trade Law Course*, Torino, G. Giappicheli, 2000, p. 82.



### 2.3.3. Jurisprudência arbitral

Em razão da possibilidade de escolha das regras de direito, que abrangem regras provenientes tanto de ordenamentos jurídicos estatais, quanto de fontes não fundadas nos Estados, a escolha da nova *lex mercatoria* para reger um contrato ou uma disputa só é possível em arbitragens comerciais internacionais.

Estima-se que aproximadamente 90% dos contratos comerciais internacionais contenham cláusula arbitral<sup>202</sup> e que os motivos para a escolha da arbitragem pautam-se, principalmente, na celeridade, sigilo, relação custo benefício do procedimento e expertise dos árbitros.

Nesse sentido, CUTLER comenta que “*the operation of large law firms and lawyers trained in the ‘virtue’ of arbitration. They are the ‘organic’ intellectuals who work to disseminate the arbitration ethos locally, through national government and business circles, and globally, through the operations of multinational law firms, international business associations, such as the ICC, and globalized arbitration practices*”<sup>203</sup>.

O aumento da procura pela arbitragem é refletido pela adoção da UNCITRAL em mais de 60 países e, também, pela evolução e criação de leis referentes ao instituto que não se distanciam da Lei-Modelo.

No mais, ressalta-se que a difusão da arbitragem também é demonstrada pelo número de países signatários da Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Laudos Arbitrais Estrangeiros, de 1958, que facilita a efetividade das decisões arbitrais.

De acordo com os ensinamentos de SCHMITTHOFF, ao lado da autonomia da vontade, a arbitragem comercial internacional funda a *lex mercatoria*<sup>204</sup>. Com o mesmo entendimento, OSMAN afirma que “*il existe donc une jurisprudence arbitrale, reflet d’un droit prétorien anational qui constitue, à côte des usages corporatifs, une source formelle de la lex mercatoria*”<sup>205</sup>.

Com efeito, o procedimento arbitral possibilita a independência do comercio internacional em relação ao direito estatal, tendo em vista que oferece soluções atuais e que

---

<sup>202</sup> Cf. pesquisa realizada pela CENTRAL. Disponível online em: <http://www.trans-lex.org/output.php?docid=000003>. Acesso em: 22-05-2017.

<sup>203</sup> A. C. CUTLER. *Private Power...*, p. 226.

<sup>204</sup> C. SCHMITTHOFF, *International Business Law...*, p. 29.

<sup>205</sup> F. OSMAN. *Les principes généraux...*, p. 321.

acompanham o desenvolvimento do próprio comércio, sendo, portanto, o melhor repositório e fonte da *lex mercatoria*.

Como acentua GOLDMAN, “*or l’expérience atteste que frequemment, ils ne le chercheront dans une loi étatique, ni dans un traité international, mais dans un droit coutumier du commerce international - lex mercatoria - dont il serait vain de chercher s’ils la constatent ou l’élaborent, car les deux démarches sont intimement marées, comme chaque fois qu’un juge exerce une telle activité*”<sup>206</sup>.

Por sua vez, RIGAUX ressalta que “*quelles que en soit les formes, l’arbitrage se définit par l’origine du pouvoir de juger: la juridiction des arbitres a pour source la volonté des parties, c’est en quoi l’arbitrage se distingue du pouvoir juridictionnel étatique, lequel, aux conditions prévues par loi, impose á tous les personnes relevant de la compétence d’un État détermine*”<sup>207</sup>.

Para GUERREIRO, “*a jurisprudência arbitral integra, por sua vez, o conteúdo da lex mercatoria, a qual, mesmo sem constituir ordem ou sistema, tende a se institucionalizar, cada vez mais superando a insuficiência do método de conflitos (de leis e de jurisdição) do Direito Internacional Privado, para a disciplina dos contratos internacionais, já que o resultado da aplicação desse método é exatamente a determinação de uma lei nacional, o que já não mais se coaduna com as necessidades contemporâneas*”<sup>208</sup>.

De fato, de forma progressiva, os laudos arbitrais formam uma jurisprudência que deve ser levada em consideração em julgamentos posteriores, “*na medida em que deduz a consequência da realidade econômica e é conforme as necessidades do comércio internacional, às quais devem responder regras específicas, estas também elaboradas progressivamente pela arbitragem internacional*”<sup>209</sup>.

Portanto, conclui-se que os laudos arbitrais criam e evidenciam princípios da nova *lex mercatoria* e, conforme afirma MARRELLA, a arbitragem é o instrumento de leitura da “*mundialização*” do direito e instituto pelo qual a nova *lex mercatoria* emerge, se cristaliza e se coordena com o direito estatal e interestatal<sup>210</sup>.

---

<sup>206</sup> B. GOLDMAN, *Frontiers du droit...*, p. 183.

<sup>207</sup> F. Rigaux, *Souveraineté des États et arbitrage transnational*, in *Le droit des relations économiques internationales. Études offerts à Berthold Goldman*, LITEC, Paris, 1982, p. 262.

<sup>208</sup> José Alexandre GUERREIRO, *Fundamentos da arbitragem comercial internacional*, doutorado, Universidade de São Paulo, 1989, p. 197.

<sup>209</sup> A. SHULZ, *Os contratos comerciais...*, p. 123.

<sup>210</sup> F. MARRELLA, *La nueva lex mercatoria...*, p. 85.

## 2.4. Principais críticas à *lex mercatoria* e suas contrarrazões

As críticas à nova *lex mercatoria* se baseiam na suposta (a) incompletude do seu conteúdo, (b) ajuricidade das suas fontes, (c) inexistência de uma autoridade central responsável, inclusive pela elaboração e consolidação do seu conteúdo e de sanções específicas em caso de descumprimento, (e) ausência de uma *societas mercatorum*.

Em razão disso, muitos defendem que a *lex mercatoria* não pode ser considerada como um ordenamento jurídico autônomo e, portanto, ser aplicada aos contratos internacionais pela mera vontade das partes contratantes.

Vejamos, então, de forma específica as principais críticas feitas ao sistema e as suas contrarrazões, baseadas nas discussões entre os juristas defensores e opositores à aplicação da nova *lex mercatoria* aos contratos internacionais.

### 2.4.1. Incompletude e insuficiência do seu conteúdo

A primeira objeção comum à aplicação da nova *lex mercatoria* refere-se a sua viabilidade e efeitos práticos em razão da suposta insuficiência de conteúdos que estão, inclusive, em constante formação e, por isso, são pouco conhecidos pela comunidade jurídica.

Nessa linha, é importante mencionar as indagações feitas, inclusive por alguns advogados atuantes na área arbitral. DEZALAY e GARTH relatam que “*um advogado especialista em arbitragem, de um grande escritório em Paris, afirmou que a lex mercatoria pode ser sujeita a abuso quando o árbitro não quiser escolher uma lei nacional ou quando decidir que alguma coisa é lex mercatoria porque é uma resposta que o árbitro considera certa. A questão é se as partes comerciantes sentem que proporciona segurança e previsibilidade suficientes*”<sup>211</sup>.

Ademais, de acordo com os mesmos juristas, “*as counsel I would not rely on principles of international law. Advising clients to use the principles might imply my responsibility, since the predictability of their application is low. In negotiations, one tends not to*

---

<sup>211</sup> Y. DEZALAY; B. GARTH. Merchants of law as moral entrepreneurs – Constructing International utice from the Competition for Transnational Business Disputes, In *Law & Society Review*, v. 29, n.º 1, 1995.

*innovate too much. Negotiating with another party by invoking the principles requires that the other party is as well assisted by somebody who is aware of these principles and knows how to handle them. This is not always the case”.*

GIARDINA considera que além de favorecer os mais fortes, a nova *lex mercatoria* “*conduce a dei resultati incerti ed insicuri che contraddicono ala base quelle esigenze di prevedibilità e di stabilità dei rapporti e dele soluzioni che sono comunemente ritenute fondamentali per l’ ordinato svolgimento e lo sviluppo del commercio e degli investimenti internazionali*”<sup>212</sup>

Portanto, parte dos críticos da aplicação da *lex mercatoria* afirmam, em primeiro lugar, que a sua utilização como sistema jurídico afetaria a previsibilidade por conta da imprevisão no recurso à *lex mercatoria* e, em segundo lugar, que o seu conteúdo seria vago, indefinido e escasso.

Em relação à primeira crítica, é importante salienta que, inicialmente, o novo *ius mercatorum* é aplicado “*quando há referência a princípios gerais de direito ou usos comerciais internacionais ou direito comercial internacional*”<sup>213</sup>. Com efeito, o preâmbulo dos Princípios UNIDROIT, que expressam a nova *lex mercatoria*, prevê que eles podem ser aplicados quando as partes tiverem escolhido os princípios gerais de direito, a nova *lex mercatoria* ou semelhante<sup>214</sup>.

A situação se torna mais complexa quando a *lex mercatoria* é aplicada pelos árbitros na ausência de manifestação das partes em relação à lei aplicável em caso de controvérsia. Isso porque consta em seu preâmbulo que os Princípios poderão ser aplicados “*when the parties have not chosen any law to govern their contract*”. Diante disso, a decisão dos árbitros se torna supostamente imprevisível pela dúvida das regras que serão escolhidas e aplicadas.

Vale esclarecer que referida possibilidade reflete a opção das partes de que os árbitros apliquem as regras de direito que julgarem mais apropriadas ao caso concreto, como prevê também o Regulamento de Arbitragem da CCI, por exemplo.

Ressalta-se ainda que o silêncio das partes em relação à lei aplicável pode ser entendido como o desejo de exclusão de aplicação de quaisquer leis nacionais. Esse

---

<sup>212</sup> A. GIARDINA. La *lex mercatoria* e la certeza del diritto nei commerci e negli investimenti internazionali, In *Rivista di Diritto Internazionali Privato e Processuale*, v. 28., n.º 3, 1972, p. 463.

<sup>213</sup> A. SHULZ. *Os contratos comerciais...*, p. 134.

<sup>214</sup> Disponível online em: <http://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2010>. Acesso em: 21.05.2017.

entendimento é traduzido, inclusive, no laudo CCI 7375/1996 que, utilizando a teoria da escolha implícita negativa (baseada no silêncio das partes), decidiu por aplicar os Princípios do UNIDROIT na medida em que pudessem refletir “*generally accepted principles and rules*”<sup>215</sup>.

Assim, SHULZ conclui que “*desde que limitada às hipóteses em que as partes efetivamente procuraram escapar do direito estatal do outro contratante ou de um terceiro direito, completamente estranho às partes, a aplicação da nova lex mercatoria em razão da teoria da escolha implícita negativa em vez de afetar a previsibilidade da decisão pode reafirmá-la, na medida em que afasta as partes das particularidades de cada um dos direitos nacionais ou não deixa ao arbítrio dos árbitros a escolha do direito aplicável*”<sup>216</sup>

A segunda crítica, de que aplicação da nova *lex mercatoria* é imprevisível por conta da vagueza, indefinição e escassez do seu conteúdo, é feita por MAYER<sup>217</sup>, MUSTILL<sup>218</sup>, LAGARDE<sup>219</sup> e KASSIS<sup>220</sup>.

Em verdade, embora incompletos, os Princípios do UNIDROIT proporcionam mais clareza e transparência à *lex mercatoria* e, conseqüentemente, aumentam a previsibilidade das decisões nela baseadas.

Além dos Princípios UNIDROIT, temos como fontes de cognição de maior importância da *lex mercatoria*, a lista de princípios elaborada pelo Centro de Direito Transnacional (*Center for Transnational Law – CENTRAL*)<sup>221</sup>, a CCI<sup>222</sup>, a *Dispute Resolution Library* da CCI<sup>223</sup>, o *International Trading Centre UNCTAD/OMC*<sup>224</sup>,

---

<sup>215</sup> Disponível online em: <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id> <http://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2010+625&step=FullText>. Acesso em: 21. 05.2016.

<sup>216</sup> A. SHULZ. *Os contratos comerciais...*, p. 135.

<sup>217</sup> P. MAYER. Le Principe de Bonne Foi devant les Arbiytres du Commerce International, In: *Festchrift Pierre Lalive*, Basel, Frankfurt a. M., 1993, p. 550.

<sup>218</sup> M. MUSTILL. The New Lex Mercatoria – The First Twenty-five Years, In: *Arbitration International*, 1998, após listar 20 princípios da nova *lex mercatoria*, salienta que “*this list, incomplete as it may be, seems rather a modest haul for 25 years of international arbitration*”.

<sup>219</sup> P. LAGARDE. Approche critique de la lex mercatoria, In: *Droit des relations économiques internationales – études offertes a Berthold Goldman*, Paris, Litec, 1982, p. 135.

<sup>220</sup> A. KASSIS. *L’ autonomie de l’arbitrage...*, p. 405.

<sup>221</sup> Disponível online em: <http://www.trans-lex.org/browse.php?what=digest>. Acesso em: 22-05-2017.

<sup>222</sup> Disponível online em: [www.iccwbo.org](http://www.iccwbo.org). Acesso em: 22-05-2017.

<sup>223</sup> Disponível online em: [www.iccdrl.com](http://www.iccdrl.com). Acesso em: 22-05-2017.

<sup>224</sup> Disponível online em: [www.jurisint.org](http://www.jurisint.org). Acesso em: 22-05-2017.

UNILEX<sup>225</sup>, UNCITRAL<sup>226</sup>, o Instituto de Direito Comercial Internacional da Universidade Pace<sup>227</sup>, *Kluwer Arbitration*<sup>228</sup> e a *Arbitration Database*<sup>229</sup>.

Efetivamente, a nova *lex mercatoria* contém menos regras supletivas da vontade das partes do que os ordenamentos estatais<sup>230</sup>, motivo pelo qual os princípios têm um papel fundamental, em especial, o da boa-fé objetiva e o da razoabilidade. Dessa forma, com a aplicação dos referidos princípios pelos árbitros no dia-a-dia e conseqüente construção de precedentes arbitrais, o conteúdo da *lex mercatoria* será formado e conhecido cada vez mais.

Com base nesse entendimento, SHULZ afirma que “o conteúdo da nova *lex mercatoria* é hoje mais completo e transparente do que há uma década ou duas e a tendência é de sê-lo cada vez mais com o passar dos anos”<sup>231</sup>.

Sob outra perspectiva, LOQUIN afirma que as críticas em relação a suposta pobreza do conteúdo da nova *lex mercatoria* se circunscrevem a sua manifestação nos laudos arbitrais, não levando em conta que “*la lex mercatoria s’est toujours nourrie des pratiques contractuelles em permanente évolution, mais aussi, et le phénomène est plus récent, du droit comparé*”<sup>232</sup>.

Por fim, o receio de imprevisibilidade dos resultados da *lex mercatoria* são infundados. Para fundamentar referida argumentação, GAILLARD afirma que “*contrary to common wisdom, transnational rules offer as much predictability, if not more predictability, then genuine legal systems*” e que críticas sobre a suposta insuficiência de conteúdo são baseadas “*on a remarkably abstract perception of the law, totally detached from the realities of comercial transactions and the actual needs of ‘ordinary business’*”<sup>233</sup>.

De certo, os efeitos da vagueza e incerteza relacionadas à *lex mercatoria* são menos importantes do que a falta de experiência prática dos operadores, muitas vezes originada pela falta de acesso às suas novas fontes.

---

<sup>225</sup> Disponível online em: [www.unilex.info](http://www.unilex.info). Acesso em 23-05-2017.

<sup>226</sup> Disponível online em: <https://www.uncitral.org/>. Acesso em 23-05-2017.

<sup>227</sup> Disponível online em: [www.cisg.law.pace.edu](http://www.cisg.law.pace.edu). Acesso em 23-05-2017.

<sup>228</sup> Disponível online em: [www.kluwerarbitration.com](http://www.kluwerarbitration.com). Acesso em 23-05-2017.

<sup>229</sup> Disponível online em: [www.arbitration.org](http://www.arbitration.org). Acesso em 23-05-2017.

<sup>230</sup> A. SHULZ. *Os contratos comerciais...*, p. 138.

<sup>231</sup> *Ibidem*, p. 139.

<sup>232</sup> E. LOQUIN. *Où em est la lex mercatoria?...*, p. 28 e ss.

<sup>233</sup> E. GAILLARD. *Transnational law - A legal system or a Method of Decision Making?*, In: *Arbitration International*, v. 17, n.º 1, 2001, p. 70.

Conforme veremos no próximo capítulo, essa questão tende a ser relativizada, visto que com a consolidação e formação da jurisprudência arbitral, bem como pelo seu acesso pelas partes e árbitros, os custos de informação com a escolha desse direito anacional tendem a diminuir<sup>234</sup>.

#### 2.4.2. Ajuridicidade das suas fontes

Sobre esse ponto, é importante destacar que a argumentação dos antimercatoristas varia em relação à existência das fontes por meio da qual emana o conteúdo da *lex mercatoria*.

Para alguns, o conteúdo da *lex mercatoria* emana do próprio direito estatal, razão pela qual o sistema nada mais seria do que um direito comparado que unifica diversos ordenamentos jurídicos nacionais distintos.

Por outro lado, alguns críticos consideram que o seu conteúdo não derivaria de fontes do direito e, por conta disso, seria imprestável para a regulação das relações jurídicas transnacionais.

Nesse contexto, vale avaliar cada uma das fontes da *lex mercatoria* e adentrar à análise profunda do seu conteúdo emanado por elas.

Em primeiro lugar, a objeção principal em relação aos usos é a de que a existência e práticas contratuais repetidas não é suficiente para a formação de uma ordem jurídica autônoma.

Com efeito, para KASSIS, os usos são somente regras convencionais e que não precisam e nem podem ser consideradas como regulamento jurídico, pois são sub-entendidas pelas partes e, por essa razão, não seriam dotadas de *opinio iuris*, ou seja, seus destinatários não teriam consciência de vinculação a determinadas práticas. Segundo KASSIS, “*cette caractéristique marque la difference entre l’usage conventionnel qui n’est pas une règle de droit et la coutume que est une règle de droit*”<sup>235</sup>.

Por outro lado, KONRAD e FIX-FIERRO defendem a juricidade dos usos, ao afirmarem que “*trade usages should be considered as a part of the lex mercatoria...it is fact*

---

<sup>234</sup> F. MARELLA. *La nueva lex mercatoria tra controversie...*, pp. 284-285.

<sup>235</sup> A. KASSIS. *L’ autonomie de l’arbitrage...*, p. 396.

*that contracts, arbitral awards and codified commercial law, all open the door to the actual practices of merchants as a source of standards of decision and interpretation*”<sup>236</sup>.

Em verdade, corroborando com o entendimento KONRAD e FIX-FIERRO, a prática arbitral claramente utiliza os usos como regras jurídicas e, portanto, estes podem ser considerados como fonte da nova *lex mercatoria*.

Conforme brilhantemente aponta SHULZ “*havendo repetição e generalidade de determinada prática, desde que compatível com a boa-fé objetiva, pela interação entre os operadores, as regras escritas e a jurisprudência, passa a existir a expectativa legítima ou previsibilidade razoável de vinculação dessa prática*”<sup>237</sup>.

Portanto, pode-se concluir que os usos são incorporados pelos laudos arbitrais que, por sua vez, formam a jurisprudência arbitral. É certo que a utilização repetitiva de determinada prática em decisões de câmaras arbitrais traz certa previsibilidade aos usos, razão pela qual estes são considerado como fonte da *lex mercatoria*<sup>238</sup>.

Por sua vez, os princípios gerais também são objeto de crítica pelos por KASSIS e LAGARDE, discordam da sua transnacionalização, pois, tendo em vista que tem como base o direito nacional, não poderiam ser aplicáveis às relações internacionais<sup>239</sup>.

Nesse contexto, KASSIS questiona “*à y regarder de près, les règles que l’on cite comme principe de la lex mercatoria son tout principes que l’on reencontre dans les différents droits nationaux. Pourquoi donc en faire des principes spécifiques de la lex mercatoria au lieu d’y voir des principes commun aux droits nationaux?*”<sup>240</sup>.

Entretanto, a referida crítica não merece ser acolhida, pois os princípios são adaptados às necessidades do comércio internacional e do caso em concreto quando

---

<sup>236</sup> KONRADI, Wioletta; FIX-FIERRO, Héctor. *Lex mercatoria in the mirror of empirical research*, In: *Sociologia del Diritto*, v. 32, n.ºs 2-3, 2005, pp. 205-227.

<sup>237</sup> A. SHULZ, *Os contratos comerciais...*, p. 139.

<sup>238</sup> Nesse sentido, vale observar o artigo 9.º da CISG que assim dispõe: “(1) *The parties are bound by any usage to which they have agreed and by any practices which they have established between themselves.* (2) *The parties are considered, unless otherwise agreed, to have impliedly made applicable to their contract or its formation a usage of which the parties knew or ought to have known and which in international trade is widely known to, and regularly observed by, parties to contracts of the type involved in the particular trade concerned*”. E o artigo 1.9. dos Princípios UNIDROIT: “(1) *The parties are bound by any usage to which they have agreed and by any practices which they have established between themselves.* (2) *The parties are bound by a usage that is widely known to and regularly observed in international trade by parties in the particular trade concerned except where the application of such a usage would be unreasonable*”.

<sup>239</sup> P. LAGARDE. *Approche critique...*, p. 131.

<sup>240</sup> A. KASSIS, L. *Autonomie de l’arbitrage...*, p. 390.



aplicados no procedimento arbitral e, portanto, são desvinculados do direito nacional originário.

De fato, quando aplicados ao comércio internacional, os princípios gerais passam a ter interpretação muitas vezes distintas pelos árbitros do que a dada pelos juízes nacionais, o que permite sua aplicação às relações internacionais.

A referida conclusão pode ser obtida por meio da análise das decisões arbitrais que se referem aos Princípios UNIDROIT. Desde 2000, cerca de 440 decisões arbitrais fizeram referência aos princípios<sup>241</sup>, que atualmente são considerados como expressão *lex mercatoria*.

Por fim, em relação às fontes da *lex mercatoria*, os críticos ainda indagam se a atividade dos árbitros e os laudos arbitrais por eles proferidos seriam aptos a constituir jurisprudência.

Nesse sentido, KASSIS afirma que a jurisprudência arbitral internacional seria um mito, visto que a mera referência a decisões proferidas anteriormente nos laudos arbitrais não seria capaz de torná-la fonte de direito<sup>242</sup>. Ainda para KASSIS, as decisões arbitrais não passariam por um órgão unificador, razão pela qual seria impossível o desenvolvimento de um entendimento unificado sobre determinadas questões.

Já para STRENGER, as decisões arbitrais consistem em fontes da nova *lex mercatoria*, visto que “*têm sido verdadeiros guias de sentenças posteriores, transformando-se, com as permanentes publicações, em autênticos repositórios jurisprudenciais, pois a jurisprudência, como é concebida, não se constitui em apanágio do Estado*”<sup>243</sup>.

Embora sejam veementes as críticas de KASSIS, é certo que os laudos arbitrais são passíveis de constituir jurisprudência arbitral. A arbitragem é um procedimento restrito e que exige alto grau de conhecimento dos árbitros para o julgamento da causa. De certo, os árbitros, cientes da sua função julgadora, utilizam como base laudos arbitrais proferidos anteriormente, como forma, inclusive, de unificar o entendimento sobre determinado uso ou princípio.

Dessa forma, considerando que a jurisprudência arbitral é utilizada como fundamentação para outras decisões em casos análogos, é evidente que deve ser considerada

---

<sup>241</sup> Disponível *online* em: <http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13618>. Acesso em: 20.02.2017.

<sup>242</sup> A. KASSIS. *L'autonomie de l'arbitrage...*, p. 404.

<sup>243</sup> I. STRENGER. *Direito do comércio...*, p. 133.

como fonte normativa e de padronização de entendimentos tanto na arbitragem institucional, como na arbitragem *ad doc*.

### 2.4.3. Inexistência de autoridade central e sanções específicas

Outra crítica veemente em relação ao sistema da *lex mercatoria* se refere à inexistência de elementos ligados ao Estado e que tornam efetivo os sistemas jurídicos nacionais. Nesse sentido, além de não existir uma autoridade central incumbida de unificar o entendimento acerca da *lex mercatoria*, esta também não possuiria jurisdição, na medida em que não se funda num território, nem sanções, tendo em vista que deve-se recorrer ao Estado para o reconhecimento, execução ou anulação dos laudos arbitrais caso inobservados.

Para CRAIG, PARK e PAULSSON,<sup>244</sup> a *lex mercatoria* não deve ser tratada como um ordenamento jurídico, pois inexistiria substrato jurídico-político capaz de justificar sua autoridade. Com efeito, esses juristas defendem que a *lex mercatoria* não dispõe de legisladores, tribunais e sanções que a tornem imperativa, razão pela qual o seu conceito se tornaria vago.

Para KASSIS, os organismos da *societas mercatorum* não poderiam ser caracterizados como autoridades, pois os contratos-tipos, os usos codificados, bem como as condições gerais e outros instrumentos são considerados como *soft law* e não regras imperativas. Diante disso, se tornaria indispensável a intervenção da força pública do Estado, o que demonstraria, em último grau, que a nova *lex mercatoria* não tem nem sanções próprias nem jurisdição própria<sup>245</sup>.

KASSIS sustenta que a inexistência das sanções consistiria no problema central da *lex mercatoria*, na medida em que “*la sanction est l’élément nécessaire pour qu’ il y ait une règle de droit, et si la lex mercatoria est faite de règles de droit, pour qu’ il y effectivement appliquée, une condition supplémentaire est requise: cella de la sanction*”.

Em sentido contrário, PELLET defende que a *lex mercatoria* dispõe de mecanismos de coação distintos, mas que isso não faz com que percam a natureza de sanção, ainda que

---

<sup>244</sup> L. CRAIG; W. PARK; J. PAULSSON. *International Chamber of Commerce Arbitration...*, p. 183.

<sup>245</sup> A. KASSIS. *L’autonomie de l’arbitrage...*, p. 404.

sejam imperfeitos<sup>246</sup>. Já para MARRELLA, esse tipo de sanção pode ser chamado de *market based*<sup>247</sup> e são específicas e complementares àquelas previstas na ordem jurídica estatal.

SCHULZ elenca como sanções específicas da nova *lex mercatoria* “a reprovação ou juízo negativo (*biasismo*); difusão da notícia de não execução espontânea do laudo entre os membros da *business community*; a contratação em condições mais onerosas – como, por exemplo, pedido de garantias maiores ou condições diversas de pagamento que inviabilizem a permanência do inadimplente no mercado; boicote privado, que pode atingir um ou mais Estados; não admissão em uma associação ou entidade profissional ou outra organização não governamental; exclusão de uma associação ou entidade profissional; além de sanções pecuniárias impostas pelas entidades profissionais”<sup>248</sup>.

Em verdade, conforme defende MARRELLA, a efetividade da nova *lex mercatoria* consiste na própria renúncia pelas partes do direito estatal, em prol da necessidade de minimizar os custos de reputação para manter o próprio posicionamento no mercado, o que é comprovado pela execução espontânea dos laudos arbitrais<sup>249</sup>.

Com efeito, a possibilidade de nomeação de árbitros especialistas no tema objeto da controvérsia, bem como a confiança e reputação que lhes são conferidas ao longo dos anos, aumenta a probabilidade de execução espontânea dos laudos em comparação com as sentenças proferidas em tribunais nacionais<sup>250</sup>.

Portanto, conforme recorda BOSCHIERO<sup>251</sup>, as críticas como as de KASSIS, CRAIG, PARK e PAULSSON refletem ““*um*” *idea doppiamente errata: in primis perchè mesconosce l’esistenza di sanzioni specifiche nella lex mercatoria, ed in secondo luogo perchè muoe dal principio per il quale una vera sanzione è solo quella che può accordare lo stato*”.

---

<sup>246</sup> A. PELLET. La *lex mercatoria* “tiers ordre juridique”? – remarques ingénues d’un internationaliste de droit public, In: LEBEN, Charles; LOQUIN, Eric; SALEM, Mahmoud (org.), *Souveraineté étatique et marches internationaux à la fin du 20ème siècle*, à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI, *mélanges em l’honneur de Philippe Kahn*, Paris, Litec, 2000, p. 59.

<sup>247</sup> F. MARRELLA. *La nueva lex mercatoria...*, p. 259.

<sup>248</sup> A. SHULZ. *Os contratos comerciais...*, p. 153.

<sup>249</sup> F. MARRELLA. *La nueva lex mercatoria...*, p. 273.

<sup>250</sup> *Ibidem*, pp. 273-275.

<sup>251</sup> N. BOLSCHIERO. La *lex mercatoria* nell’era della globalizzazione: considerazioni di diritto internazionale pubblico e privato, In: *Sociologia del diritto*, 2005, p. 155.

#### 2.4.4. Inexistência de *societas mercatorum*

LAGARDE faz críticas referentes a inexistência de uma *societas mercatorum* como entidade capaz de produzir suas próprias normas. De acordo com o professor, a *lex mercatoria* não corresponderia à uma ordem jurídica por carecer de organização social.

Ou seja, a coesão da sociedade internacional dos comerciantes seria insuficiente para determinar o nascimento de um direito próprio.

O jurista francês afirma que a existência de normas não estatais não provaria a existência de uma ordem jurídica mercantil. De acordo com o seu entendimento, o comércio internacional é diversificado e fragmentado, razão pela qual se torna questionável a possibilidade de uma comunidade provida de organização se originar. Assim, inexistiria verdadeira organização do meio transnacional estável resultante de relações comerciais internacionais<sup>252</sup>.

Contraopondo o posicionamento de LAGARDE, GOLDMAN afirma que existe uma *societas mercatorum*, assim como existiu no mundo europeu da Idade Média, o que se comprovaria pela generalidade da aplicação dos princípios, regras e usos comerciais que formam a *lex mercatoria*, tendo em vista que não seriam constáveis se os usos tivessem um valor distinto dentro de uma das *societates mercatorum* parciais e restritivas<sup>253</sup>.

Na mesma linha, STRENGER defende que “o fato de não existir uma sociedade única dos comerciantes em decorrência das especializações comerciais não implica inexistir (a *lex mercatoria*) (...) a existência de uma pluralidade de sociedades comerciais também não desvirtua a *lex mercatoria* porque o mesmo fenômeno se pode notar no regime estatal, que também necessita de leis especiais e dirigidas a certas comunidades”<sup>254</sup>.

PELLET também afirma que o fato de os atores transnacionais estarem em concorrência entre si não impede a formação da *societas mercatorum* e a caracterização da nova *lex mercatoria* como ordenamento jurídico<sup>255</sup>.

Um ponto de relevante debate levantado por LAGARDE nesta questão se refere ao fundamento da *societas mercatorum*, que une todos os comerciantes e faria, em tese, com que fossem considerados seus membros.

---

<sup>252</sup> P. LAGARDE. *Approche critique...*, pp. 135 e ss.

<sup>253</sup> B. GOLDMAN. Nouvelles Réflexions sur la Lex Mercatoria, In: *Archives sw philosophie di droit*, n.º 9, 1964, p. 249.

<sup>254</sup> I. STRENGER. *Direito do Comércio...*, p. 126.

<sup>255</sup> A. PELLET. *La lex mercatoria “tiers ordre juridique”?*..., pp. 69-70.

Em verdade, foram criadas comunidades de interesse na sociedade pós-industrial, que não se localizam necessariamente no mesmo espaço geográfico. Dessa forma, a coesão da *societas mercatorum*, independentemente da fragmentação do comércio e existência de sociedades específicas para um ou mais setores do comércio, se baseia em “*uma aglomeração geral de interesses subordinados em torno de inúmeros procedimentos operacionais, como é o caso da venda internacional, dos créditos documentários dos Incoterms, das condições gerais de contratos, das garantias contratuais, etc.*”<sup>256</sup>

Assim, em que pese a diversidade dos agentes da nova *lex mercatoria*, OSMAN enfatiza que o caráter institucional que a embasa “*provient de ce que tous les acteur aspirent à une même fin, un ideal marchand unique: répondre aux besoins du commerce international*”. Portanto, ainda que apresentem diferenças ou que sejam concorrentes, as necessidades do comércio internacional são o denominador comum dos agentes da *lex mercatoria*<sup>257</sup>.

Ante as considerações feitas resta apenas individualizar os agentes da *societas mercatorum*. GOLDMAN aponta que os operadores do comércio internacional seriam as empresas, bem como os Estados quando da prática de atos de gestão, que firmam contratos e envolvam interesses do comércio internacional, as instituições privadas que participam de tal organização e os tribunais arbitrais<sup>258</sup>.

Para CUTLER, a *societas (mercatorum)* seria uma elite composta pelos mercadores transnacionais (bancos, empresas transnacionais, instituições financeiras) e suas associações (CCI, por exemplo), advogados privados e suas associações (*International Law Association*, por exemplo), contadores e auditores oficiais da esfera governamental, bem como os representantes das organizações internacionais e intergovernamentais<sup>259</sup>.

Por outro lado, FRIGNANI defende que não seria possível individualizar os membros da *societas mercatorum*, afirmando que seriam todas as pessoas físicas e jurídicas, privadas ou públicas que dão vida aos contratos internacionais. Contudo, referida teoria acaba por confundir os papéis desses participantes<sup>260</sup>.

Dessa forma, conclui-se que a *societas mercatorum* é formada pelos Estados, organizações internacionais e intergovernamentais, ONGs e empresas transnacionais,

---

<sup>256</sup> I. STRENGER. *Direito do Comércio...*, p. 126.

<sup>257</sup> F. OSMAN. *Les principes généraux...*, p. 409.

<sup>258</sup> B. GOLDMAN. *La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux...*, p. 478.

<sup>259</sup> A. C. CUTLER. *Private Power...*, pp. 21-22, 185, 192-193.

<sup>260</sup> A. FRIGNANI. *L'arbitrato commerciale...*, p. 41.

entidades profissionais de caráter coletivo, prestadores de serviços jurídicos e contábeis, cujos laços expressam interesses comuns relacionados às necessidades do comércio internacional.

De fato, para os críticos, a nova *lex mercatoria* necessita de suporte estatal, de forma que não poderia existir fora do ordenamento jurídico. Isso se torna problemático, justamente pelo fato da arbitragem, que é o seu principal meio de difusão, não estar alheia ao sistema do Estado.

#### **2.4.5. A questão do desequilíbrio causado pela *lex mercatoria***

Outra crítica que pode ser feita à nova *lex mercatoria*, se refere ao desequilíbrio que esta pode causar tanto durante as negociações, quanto na celebração e execução de um contrato. Por ser estruturada sobre a experiência e o costume comercial, a nova *lex mercatoria* é aceita e divulgada pelos grandes e poderosos sujeitos do comércio internacional, razão pela qual atende especificamente as suas exigências. Ou seja, caberia ao restante da sociedade aderir às normas impostas, sem discussão.

Para HUCK, “*nem sempre um sistema assim concebido consegue ser equitativo, e, normalmente, os prejudicados serão os de menor poder de barganha*”, motivo pelo qual haveria um longo caminho a ser percorrido pela nova *lex mercatoria* até que pudesse ter aplicabilidade ampla<sup>261</sup>.

Como afirma KAHN, o propósito da *lex mercatoria* é servir aos interesses econômicos da classe dos comerciantes, o que constitui o ponto forte e fraco desse ordenamento supranacional. No mesmo sentido, CUTLER defende que a menção à *lex mercatoria* é estratégica para o favorecimento das grandes empresas. Nesse sentido, argumenta que “*only those business that are large and dispersed enough to carry risks generated by uncertain standard*” e, de forma contrária, “*hard law norms, in contrast, regulate the terms of competition more closely and visibly, probably benefiting smaller business which face high transaction costs in collecting information about national rule differences*”<sup>262</sup>.

---

<sup>261</sup> HUCK, Hermes Marcelo. *Sentença estrangeira e a lex mercatoria: horizontes e fronteiras do comércio internacional*, Editora Saraiva: São Paulo, 1994, p. 105.

<sup>262</sup> A. C. CUTLER. *Private Power...*, pp. 220 e seguintes.

Por outro lado, a adoção da *lex mercatoria* pode afastar normas estaduais não favoráveis ao comércio internacional, além de tornar a solução da disputa mais previsível e sem maiores formalismos, conforme bem pontuou LANDO<sup>263</sup>. Com efeito, é válido argumentar ainda que a escolha da *lex mercatoria* afasta ambas as partes da aplicação do “*seu*” direito nacional, razão pela qual, na concepção de GAILLARD, neutraliza eventuais vantagens de uma delas<sup>264</sup>.

Entretanto, para que a *lex mercatoria* não se torne um instrumento político oligárquico e voltado para os interesses de apenas uma classe é essencial que seu conteúdo seja mais difundido e conhecido pela sociedade em geral, até em razão de lhe dar maior legitimidade. Nesse sentido, PANNARALE leciona que “*l’organizzazione e le regole della comunità dei mercanti esauriscono i loro effetti all’interno di quella comunità oppure non hanno importante ricadute anche su soggetti che sono affatto estranei: uomini comuni, piccole imprese, stati, organizzazioni internazionali, i quali si trovano a dover subir le conseguenze di un assetto di regole e di interessi, al quale sono formalmente estrani ed quale non sono in grado di opporsi quanto più verso in situazioni di precarietà e debolezza*”<sup>265</sup>.

Conforme conclui SHULZ, é nesse sentido que se funda a problemática central da *lex mercatoria*, razão pela qual os debates e discussões não deveriam se restringir somente em relação aos seus aspetos formais, mas sim acerca da sua viabilidade e compatibilização com outros interesses e valores<sup>266</sup>.

---

<sup>263</sup> O. LANDO. The *lex mercatoria* in international commercial arbitration, In: *International Comparative Law Quarterly*, v. 4, n.º 34, 1985, p. 748.

<sup>264</sup> E. GAILLARD, *Transnational law...*, p. 70.

<sup>265</sup> L. PANNARALE, *Deslocalizzazione del diritto...*, p. 320.

<sup>266</sup> A. SHULZ, *Os contratos comerciais...*, p. 89.

### CAPÍTULO III - A ARBITRAGEM TRANSNACIONAL E O DESENVOLVIMENTO DA *LEX MERCATORIA*

PINHEIRO define arbitragem transnacional, comumente chamada de “*arbitragem comercial internacional*”, como o “*modo normal de resolução de diferendos no comércio internacional, ante o qual o recurso aos tribunais estaduais se apresenta como um meio secundário e subsidiário*”<sup>267</sup>.

FOUCHAR, por sua vez, define-a como “*um mecanismo ou técnica de solução de controvérsias instaladas pelas próprias partes, mediante a intervenção de terceiro ou terceiros, expressamente autorizado ou autorizados pelos litigantes*”<sup>268</sup>.

Por fim, CRETELLA JÚNIOR descreve o instituto da arbitragem como aquele “*que pretende abranger todas as espécies desta figura, ainda não comprometida por nenhum ramo da ciência jurídica, tratando-se de sistema especial de julgamento e com força executória reconhecida pelo direito comum, mas que a esse subtraído, mediante o qual, duas ou mais pessoas, físicas ou jurídicas, de direito privado ou de direito público, escolhem de comum acordo, a quem confia o papel de resolver-lhes pendência, assumindo os litigantes em aceitar e cumprir a decisão proferida*”<sup>269</sup>.

De certo, a possibilidade do conflito ser julgado por meio do procedimento arbitral traz inúmeras vantagens às partes litigantes. Além de ser um procedimento sigiloso, célere e informal, o princípio da autonomia das partes é privilegiado, visto que é possível que as partes escolham não só o direito aplicável ao mérito da causa, como também nomeiem árbitros especialistas e com conhecimento técnico da matéria para o julgamento da controvérsia.

Nesse contexto, MARTINS defende que a arbitragem não é praticada, mas sim exercida, tendo em vista que é manejada num cenário de liberdade. Segundo o autor, “*desde o seu surgimento, a arbitragem se exercita numa atmosfera de plena autonomia, alimentada*

---

<sup>267</sup> PINHEIRO, Luís de Lima. Direito aplicável ao mérito da causa na arbitragem trans-nacional. Disponível online em: [http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe\\_artigo.aspx?idsc=57754&ida=57714](http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idsc=57754&ida=57714). Acesso em: 20.04.2017.

<sup>268</sup> FOUCHAR, Philippe. *L'arbitrage commercial international*, Paris: Dallaz, 1965.

<sup>269</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. Conceito categorial de arbitragem, In: O Direito Internacional no terceiro milênio (*Estudos em homenagem ao Prof. Vicente Moura Rangel*), coor. Luiz Olavo Baptista e Roberto Franco da Fonseca, São Paulo: LTE, 1998, p. 764.



*pela vontade das partes em afastar determinado ordenamento ou foro, no interesse dos convenientes e por circunstâncias que as partes não negam que lhes são próprias*”<sup>270</sup>.

De fato, no instituto da arbitragem as partes têm a possibilidade de escolha em relação a todos os pontos que regerão o procedimento em caso de conflitos eventualmente existentes, que vão desde a estipulação da sede da arbitragem até aos prazos procedimentais. Nesse sentido, como afirma LEMES, a autonomia da vontade “*é a mola propulsora da arbitragem em todos os seus quadrantes*”<sup>271</sup>.

No mesmo sentido, CUTLER afirma que o sucesso da arbitragem está ligado na “*operation of large law firms and lawyers trained under the ‘virtue’ of arbitration. They are ‘organic’ intellectuals who work to disseminate the arbitration ethos locally, through national government and business circles, and globally, through the operations of multinational law firms, international business associations, such as the ICC, and globalized arbitration practices*”<sup>272</sup>.

Conforme anteriormente mencionado, por apresentar diversas vantagens, estima-se que cerca de 90% dos contratos comerciais internacionais contenham cláusula arbitral, embora seja impossível aferir com precisão<sup>273</sup>. Apesar disso, referida afirmação pode ser comprovada pelo aumento de pedidos de arbitragem registrado pela CCI.

O aumento está diretamente relacionado à aceitação generalizada do princípio da autonomia da vontade no que respeita à determinação do direito aplicável nas arbitragens relativas aos litígios que envolvem relações comerciais internacionais. De fato, a faculdade das partes escolherem o direito aplicável é reconhecida pela maioria dos juristas, legislações estatais, convenções internacionais e precedentes arbitrais, o que, indubitavelmente, serve de incentivo à opção, por parte dos atores do comércio internacional, de tal mecanismo de resolução de conflitos.

À vista disso, não se pode negar que os litígios que eclodem no âmbito da *lex mercatoria* melhor se desenvolvem no âmbito da arbitragem, visto que aquela “*manifesta-se através de seus laudos, e sua constante utilização no plano internacional serve de*

---

<sup>270</sup> MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem: comentários à Lei 9.307/1996*, Rio de Janeiro: forense, 2008.

<sup>271</sup> LEMES, Selma Ferreira. Princípios e origens da Lei de Arbitragem, In: *Revista do Advogado*, n.º 51, 1997.

<sup>272</sup> A. C. CUTLER. *Private power...*, p. 226.

<sup>273</sup> Cf. Pesquisa realizada pela CENTRAL, disponível online em: <http://www.translex.org/output.php?docid=000003>. Acessado em 16.05.2017.

*emergência de um direito com normas próprias adequadas aos usos e costumes do comércio internacional*”<sup>274</sup>.

Nesse sentido, STRENGER leciona que “*o regime arbitral é o que melhor exprime a independência do comércio internacional no que concerne à solução de seus problemas, residindo nos textos de suas decisões os melhores repositórios para justificar a Lex Mercatoria*”<sup>275</sup> e, por essa razão, “*a arbitragem tem sido campo fértil para justificar a implantação da Lex Mercatoria, dada sua crescente desvinculação, seja das leis impositivas nacionais, seja das jurisdições estatais*”<sup>276</sup>.

### **3.1. A determinação do direito aplicável ao mérito da causa e a autonomia conflitual**

No âmbito das arbitragens comerciais internacionais, caberá ao árbitro julgar a controvérsia que apresenta conexões com um ou mais ordenamentos jurídicos de diferentes Estados. Assim, antes de mais nada, o árbitro deverá verificar a possibilidade de escolha do direito aplicável pelas partes, bem como as limitações que tal ordenamento normativo eventualmente sofrerá (*electio iuris*) e a possibilidade de existência de escolha tácita pelas partes.

Nesse contexto, VICENTE destaca que referida tarefa “*reveste-se, porém, de maior complexidade para o árbitro internacional do que para o juiz nacional: é que enquanto este último, exercendo as suas funções em nome de um Estado, se encontra necessariamente adstrito à observância do direito de conflitos que nele vigora – o qual integra a lex fori – o árbitro, dado que recebe poderes de uma convenção firmada entre as partes, não se encontra sujeito a uma vinculação deste tipo*”<sup>277</sup>.

Feitas essas considerações preliminares e, conforme analisado nos capítulos anteriores, conclui-se que o princípio da autonomia da vontade, em sua vertente conflitual (enquanto liberdade de escolha da lei aplicável), é considerado como um elemento de conexão tanto no âmbito contratual, quanto arbitral.

PATRÃO expõe que “*a autonomia conflitual é a projeção da autodeterminação das partes nas relações privadas internacionais, escolhendo o direito que reputam mais*

---

<sup>274</sup> ENGELBERG, Esther. *Contratos internacionais do comércio*, 4 ed. rev. e a atual, São Paulo: Atlas, 2007, p. 32.

<sup>275</sup> STRENGER, Irineu. *Direito do Comércio Internacional...*, p. 70.

<sup>276</sup> *Ibidem*.

<sup>277</sup> VICENTE, Dário Moura. *Da Arbitragem Comercial Internacional...*, p. 71.

*adequado às suas pretensões – seja por razões de tática conflitual (pense-se numa empresa que sujeita todas as relações jurídicas que constitui à mesma lei ou numa opção das partes por lei neutra), seja atendendo ao conteúdo material (admitindo que as partes designem uma lei especialmente adaptada aos seus propósitos ou que conheçam mais profundamente)”*<sup>278</sup>. Assim, a regra de conflitos deixa de considerar, *prima facie*, a *lex fori* e passa a considerar o interesse das partes de forma privilegiada.

O elemento de conexão, portanto, é a própria vontade manifestada pelas partes, vinculada à um negócio jurídico de direito privado conectado à um ou mais sistemas jurídicos.

A possibilidade de utilização da autonomia conflitual, além de preservar a vontade das partes em relação ao negócio jurídico ou arbitragem nas quais são partes, traz previsibilidade e certeza em relação ao regime jurídico aplicável, o que diminui os custos e o tempo do procedimento arbitral, bem como torna desnecessária a manipulação das partes em relação aos factos localizadores da relação jurídica.

Como bem destacou PATRÃO, a autonomia conflitual ainda desempenha uma função política em relação à eficiência da regulação, visto que é “*decisivamente a conexão mais competente: ao permitir a escolha das regras que disciplinarão uma dada relação jurídica, reduzem-se os custos das transações internacionais (porquanto pode ser eleita a lei que as partes melhor conhecem) e podem neutralizar-se normas imperativas de que as partes quisessem evadir-se, fomentando a criação de negócios que de outra forma não surgiriam*”<sup>279</sup>.

Por fim, acerca da autonomia conflitual, SANTOS leciona que o instituto concedeu às partes, no plano internacional, “*a faculdade de não escolher a lei conflitualmente competente para regular superiormente a situação jurídica contratual, mas sim de criar ex novo uma própria lei, dentro dos únicos limites postos pela ordem jurídica do foro’, ou seja, admitindo, no fundo, a possibilidade da existência de um contrato sem lei*”<sup>280</sup>.

---

<sup>278</sup> PATRÃO, Afonso Nunes de Figueiredo. Removendo obstáculos ao mercado europeu de garantias imobiliárias: a autonomia conflitual na hipoteca e o reforço da cooperação internacional, *Tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Professor orientador: Rui Moura Ramos, Biblioteca da Universidade de Coimbra, 2015, p. 556.

<sup>279</sup> *Ibidem*, p. 559.

<sup>280</sup> SANTOS, António Marques dos. *Algumas considerações sobre a autonomia da vontade...*, p. 386.

### 3.2. A admissibilidade da escolha da *lex mercatoria* no direito português e brasileiro

Em Portugal, a arbitragem transnacional é regulamentada pela Lei n.º 63/2011 (“Lei de Arbitragem Voluntária – LAV”), a qual distingue a arbitragem interna e a transnacional, adotando, portanto, um sistema semi-dualista.

Nesse aspeto, é válido destacar que no direito português, a arbitragem transnacional em sentido amplo contrapõe-se à arbitragem interna. Com efeito, na arbitragem interna inexistem problemas a serem discutidos em relação ao estatuto da arbitragem, visto que este tipo de procedimento se insere diretamente na ordem jurídica portuguesa.

Por outro lado, não há na arbitragem transnacional um Direito estadual aplicável *a priori* na relação entre as partes, porquanto a pretensão a ser tutelada se encontra ligada à uma pluralidade de ordens jurídicas, o que causa problemas no momento de definição do estatuto da arbitragem<sup>281</sup>.

Feitas essas breves considerações, passaremos à análise do direito aplicável pelos árbitros em arbitragens no âmbito da LAV, a qual preceitua, no artigo 52.º, n.º 1, que “*as partes podem designar as regras de direito a aplicar pelos árbitros, se os não tiverem autorizado a julgar pela equidade*”. No mais, o mesmo dispositivo aduz, no número 3, que “*o tribunal deve tomar em consideração as estipulações contratuais das partes e os usos comerciais relevantes*”.

Em outras palavras, os tribunais arbitrais não estão vinculados à aplicação de um sistema nacional, nem vinculados à aplicação exclusiva do Direito de Conflitos de um determinado Estado. Portanto, as partes podem remeter a solução do conflito tanto à qualquer direito estatal, como para os princípios de Direito Internacional Público, para a equidade e, conseqüentemente, para a *lex mercatoria*.

Sobre a possibilidade de escolha da *lex mercatoria*, PINHEIRO entende que “uma exclusiva designação à *lex mercatoria*, quando esta não disponha de Direito objetivo aplicável à decisão do caso, poderá, em princípio, ser convertida numa autorização dada aos árbitros para julgarem segundo a equidade”.

---

<sup>281</sup> PINHEIRO, Luís de Lima. Direito aplicável ao mérito da causa na arbitragem transnacional. Disponível online em: [http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe\\_artigo.aspx?idsc=57754&ida=57714](http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idsc=57754&ida=57714). Acesso em: 20.04.2017.

Eventual autorização ou requerimento para a aplicação da *lex mercatoria* deve ser feita com fundamento no julgamento por meio da equidade. Isso porque, os árbitros, quando vinculados à equidade, não estão restritos aos princípios que regem o comércio internacional, o que justificaria a opção das partes por esse ordenamento jurídico anacional<sup>282</sup>.

Alguns acórdãos proferidos por tribunais estatais portugueses reconheceram a possibilidade de aplicação da *lex mercatoria* no âmbito da arbitragem, nos quais se concluiu que se é válida a convenção ao recurso à arbitragem, a determinação do direito aplicável será regida principalmente por regras e princípios do direito comercial internacional, o que possibilita às partes a remissão à *lex mercatoria*:

*“I- Quando referida, a interesses do comércio internacional, a arbitragem designa-se por arbitragem internacional, podendo as partes escolher o direito a aplicar pelos árbitros, sendo que, na falta de escolha, o tribunal aplica o direito mais apropriado ao litígio.*

*II- Se validamente convencionado o recurso à arbitragem, a determinação do direito aplicável à resolução do litígio “rege-se principalmente por regras e princípios próprios do Direito da Arbitragem Comercial Internacional”, sendo permitido que as partes remetam para um Direito estadual, para o Direito internacional Público, para a *lex mercatoria*, para “princípios gerais” ou para a equidade.*

*III- Não havendo designação expressa, “não há, em princípio, razão para as partes suporem que os árbitros decidirão o fundo da causa segundo o direito em vigor no lugar da arbitragem”.*

*IV- Um contrato de concessão comercial, é um contrato-quadro que faz surgir entre as partes uma relação obrigacional complexa por força da qual uma delas, o concedente, se obriga a vender à outra, o concessionário, e este a comprar-lhe, para revenda, determinada quota de bens, aceitando certas obrigações e sujeitando-se a um certo controle e fiscalização do concedente.”<sup>283</sup>*

*“- A arbitragem comercial internacional representa uma via alternativa e resolução de litígios que, por isso, exclui que essa mesma resolução possa ter lugar na jurisdição estadual comum em que se integram os tribunais judiciais;*

---

<sup>282</sup> PINHERO, Luís de Lima. *Arbitragem transnacional...*, p. 200.

<sup>283</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Porto. Processo n.º 0636141, Relator Amaral Ferreira, data do acórdão: 11.01.2007. Disponível <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/b0cbc5590f4f41f48025727a0054e6a2?OpenDocument&Highlight=0,lex,mercatoria>. Acesso em: 31.05.2017.

- Se validamente convencionado o recurso à arbitragem, a determinação do direito aplicável à resolução do litígio "rege-se principalmente por regras e princípios próprios do Direito da Arbitragem Comercial Internacional", sendo permitido que as partes remetam para um Direito estadual, para o Direito Internacional Público, para a *lex mercatoria*, para "princípios gerais" ou para a equidade;
- Havendo convenção arbitral válida a questão que pode colocar-se é de competência convencional dela derivada e seus efeitos e não de competência jurisdicional, por aplicação ou não do princípio da coincidência”<sup>284</sup>.

No âmbito do direito interno português, ou seja, nos casos em que não existe a atuação de um tribunal arbitral, foi possível encontrar alguns acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça que admitem a aplicação da *lex mercatoria*, tendo em vista o conteúdo do artigo 405.º do Código Civil<sup>285</sup>.

Assim, a Corte definiu que “*este corpo normativo uniformizado e principiológico actua, hoje, no mínimo, como direito dispositivo, para o qual as empresas remetem, frequentemente, a regulação das suas relações contratuais plurilocalizadas, ao abrigo do princípio da liberdade contratual, constante do artigo 405.º, n.º 1, do Código Civil, sendo, assim, perfeitamente, admissível, por exemplo, que as partes de um contrato jusmercantil internacional escolham o direito aplicável, através de uma remissão, directa ou indirecta, para semelhante lex mercatoria, de que as RUU constituem expressão*”<sup>286</sup>.

Diferentemente do sistema português, no Brasil foi estabelecido um regime unitário para a arbitragem interna e transnacional (assim como o sistema inglês, alemão e norte-americano), o que, segundo destacou PINHEIRO, “*não obsta, naturalmente, a que este regime possa conter algumas regras específicas à arbitragem transnacional*”<sup>287</sup>.

<sup>284</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. *Processo n.º 05A3608*, Relator Alves Velho, data do acórdão 11.10.2005. Disponível online em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/15aa01cbe80aade4802570b3003501ac?OpenDocument>. Acesso em: 31.05.2017.

<sup>285</sup> “Artigo 405.º (liberdade contratual): 1. Dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver. 2. As partes podem ainda reunir no mesmo contrato regras de dois ou mais negócios, total ou parcialmente regulados na lei.”

<sup>286</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. *Processo n.º 406.09.0YFLSB*, Relator Helder Roque, data do acórdão 22.09.2009. Disponível online em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/d03b79395c93becc802576500030d9c6?OpenDocument>. Acesso em: 31.05.2017. No mesmo sentido, vide acórdão n.º 2773/04.

<sup>287</sup> PINHEIRO, Luís de Lima. *Arbitragem transnacional...*, p. 200.

No Brasil, a arbitragem é regida pela Lei n.º 9.307/15 (LARB) que sofreu recentes alterações pela Lei n.º 13.129/2015<sup>288</sup>. No âmbito da LARB, prevê o artigo 2.º, *caput*, que “a arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes”. Em continuidade, os §§2º e 3º prevêm, respectivamente, que as partes poderão “escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública” e “convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e à ordem pública”.

Com efeito, no âmbito da LARB, verifica-se que as partes têm ampla autonomia para a escolha tanto da lei substantiva, quanto da procedimental na qual a arbitragem se pautará, razão pela qual inexistiriam óbices para a utilização da *lex mercatoria*, em um procedimento arbitral.

Em que pese a possibilidade de aplicação da *lex mercatoria* no âmbito arbitral, não foi possível encontrar acórdãos proferidos pelos tribunais internos em que referido ordenamento foi utilizado. Após pesquisas nos sítios eletrônicos dos principais tribunais estaduais brasileiros, no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, somente foi encontrado o precedente abaixo colacionado:

*APELAÇÃO CÍVEL. TRANSPORTE. TRANSPORTE DE COISAS. DIREITO EMPRESARIAL. DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. AÇÃO CONDENATÓRIA POR DANOS MATERIAIS. CONTRATO DE TRANSPORTE INTERNACIONAL DE MERCADORIAS. TRANSPORTE DE FLORES ENTRE BRASIL E ITÁLIA. CUSTEIO DO FRETE PELO IMPORTADOR. CLÁUSULA "FREE CARRIER". INTERNATIONAL COMMERCIAL TERMS ("INCOTERMS"). CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL. "LEX MERCATORIA". GRUPO ECONÔMICO DE FATO. CRITÉRIOS. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. REQUISITOS.*

*1- É possível a aplicação, pelo Poder Judiciário, de normas integrantes da "nova lex mercatoria", de que são exemplos os incoterms editados sob os auspícios da Câmara Internacional de Comércio. Atribuição de eficácia ao contrato firmado entre as partes, com base em norma da "nova lex mercatoria", que tem lugar independentemente da natureza não-vinculativa*

---

<sup>288</sup> “Altera Lei n.º 0.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996”. Disponível online em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em: 16.05.2017.

*das suas regras e da sua origem e criação independentes da autoridade estatal. Cláusula de incoterm que não confronta qualquer dispositivo do Direito brasileiro, ao repartir os custos da remuneração do transporte, entre o importador e o exportador. Ajuste contratual que se dota de efeitos, em Juízo, sob pena de violação aos princípios da liberdade de contratação e da força obrigatória do contrato, entre as partes que o firmam (...).”<sup>289</sup>*

Assim, conclui-se que tanto o sistema jurídico interno português, quanto o brasileiro, apresentam desenvolvimentos ainda embrionários acerca da aplicação da *lex mercatoria* fora dos tribunais arbitrais. Os referidos desenvolvimentos, contudo, tendem a se expandir e permitir, de forma gradual, a utilização *lex mercatoria* por representarem o melhor meio para o desenvolvimento do comércio internacional e atenderer suas especificidades de forma mais plena, sólida e satisfatória possível.

### **3.3. Susceptibilidade de reconhecimento da sentença arbitral fundada na *lex mercatoria***

Para que seja possível verificar os efeitos da *lex mercatoria* dentro dos ordenamentos jurídicos dos Estados, faz-se necessário adentrar ao tema referente ao reconhecimento pelos Estados do laudo arbitral baseado neste ordenamento nacional. É certo que o direito estatal representa uma das principais barreiras para a aplicação da nova *lex mercatoria*, pois, conforme bem pontuou HUCK, “*de muito pouco valerá um contrato regido por um direito supranacional se não for aceito e reconhecido pelo tribunal estatal onde busca sua execução forçada ou menos uma interpretação*”<sup>290</sup>.

Dessa forma, a homologação da sentença ou laudo arbitral estrangeiro pode se transformar numa barreira intransponível para a aplicação da *lex mercatoria*, ainda que esta tenha uma inegável vantagem utilitária.

Para GOLDMAN, havendo conciliação, inexistem razões para que o Estado negue o reconhecimento ao laudo fundado na *lex mercatoria*, salvo se contrárias à ordem pública. Nesse sentido, afirma que “*mais nous ne pensons pas que cela laisse les normes elles-mêmes*

---

<sup>289</sup> Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Apelação Cível n.º 70065097891*, Relator Desembargador Umberto Sudbrack, 12ª Câmara Cível, julgado em 10.12.2015.

<sup>290</sup> HUCK, Hermes Marcelo. *Sentença estrangeira e a lex mercatória...*, p. 105.



*en dehors du droit; car précisément, cette ultime sanction leur est bien accordée, sauf si elles apparaissent, á travers la sentence, comme contraires à l'ordre publique du pays où l'exécution est requise*"<sup>291</sup>.

A soberania estatal se traduz em fonte de leis e, portanto, os Estados dotados de poder jurisdicional e legislativo têm o dever de verificar e reconhecer os efeitos da *lex mercatoria* dentro da ordem jurídica estadual, caso contrário o laudo arbitral se tornará absolutamente ineficaz e, conseqüentemente, inutilizará o exercício de um tribunal arbitral.

Dessa forma, de forma sintética, um tribunal estatal pode aceitar como válido um contrato fundado ou um laudo fundado na *lex mercatoria*, desde que suas disposições não firam a ordem pública nacional. Entretanto, não podem os tribunais estatais invocarem a ordem pública como escusa injustificada para o não reconhecimento dos laudos arbitrais, sob pena de inviabilizar a aplicação não só de tal ordenamento normativo, mas também do próprio mecanismo de resolução de conflitos que tanto corresponde à uma demanda comercial e que tão bem se coaduna com a autonomia da vontade.

Como bem consignou VICENTE, o tribunal dificilmente pode deixar de reconhecer a eficácia de um laudo arbitral fundado na *lex mercatoria*, caso autorizado e consentido pelas partes<sup>292</sup>. De acordo com os seus ensinamentos, “*o reconhecimento destas decisões apenas pode ser recusado, de acordo com as principais convenções internacionais sobre a matéria, com fundamento em certos vícios de caráter formal, ou na violação da ordem pública internacional do Estado do foro, não se consentindo ao tribunal ad quem o controle da competência do direito aplicado pelos árbitros ao fundo da causa*”.

Portanto, a designação e execução da *lex mercatoria* pelas partes ou pelos árbitros não invalida a convenção de arbitral e muito menos o procedimento como um todo, ainda que envolva a violação da norma de conflitos competente.

Com efeito, o objetivo da nova *lex mercatoria* não é contrário ao ordenamento jurídico dos Estados, muito menos tem como pretensão diminuir a sua soberania, mas pelo contrário, por ser um ordenamento autônomo e com regras flexíveis e fundadas, em especial, em princípios e costumes, é certo que os Estados devem considerá-la como um sistema complementar e auxiliar às leis nacionais, razão pela qual o não reconhecimento dos laudos

---

<sup>291</sup> GOLDMAN, Berthold. *Les frontières...*, p. 192.

<sup>292</sup> VICENTE, Dário Moura. *Da arbitragem comercial internacional...*, p. 219.

deve estar efetivamente baseada em preceitos de ordem pública verdadeiramente intransponíveis.

### **3.4. Efeitos da aplicação da *lex mercatoria* no ordenamento jurídico dos Estados**

Como explicado anteriormente, a *lex mercatoria* possui aplicabilidade no âmbito das arbitragens transnacionais, nas quais as partes possuem ampla possibilidade de escolha do direito aplicável ao mérito da causa. Além disso, a *lex mercatoria* não se origina do direito estatal, mas sim dos (i) usos e costumes do comércio internacional, inclusive em práticas contratuais (contratos-tipo, cláusulas padrão, dentre outras); (ii) princípios gerais, em especial no princípio UNIDROIT e no princípio da boa-fé objetiva; e (iii) na jurisprudência arbitral, por meio da qual são aplicadas as fontes anteriormente descritas e consolidado o entendimento e interpretação acerca de determinados assuntos tratados de forma reiterada.

Entretanto, a afirmação de que a *lex mercatoria* teria como finalidade substituir o sistema jurídico estatal está plenamente equivocada, justamente porque sua aplicação está limitada à própria ordem pública nacional, que tem a capacidade de afastar a execução dos laudo arbitrais, bem como as leis de aplicação necessária e outras regras que condicionam a execução dos contratos em determinado território, conforme visto no tópico anterior.

Em que pese a *lex mercatoria* tenha aplicabilidade num espaço jurídico imaterial e transnacional, isso não implica no afastamento das leis estatais, mesmo porque eventual laudo arbitral fundado na *lex mercatoria* terá que ser executado no espaço geográfico de determinado Estado, cada qual com suas próprias normas de ordem pública, as quais limitam a eficácia de toda e qualquer regra que eventualmente as contrarie. Nesse sentido, CUTLER aponta que “*in some cases, merchant laws operate dialectically creating deterritorialized transactions and agreements, but then reterritorializing them to facilitate enforcement*”<sup>293</sup>.

Acompanhando a linha de raciocínio de CUTLER, MAGALHÃES e TAVORALO defendem que a *lex mercatoria* não compete com o ordenamento jurídico estatal e tampouco constitui direito supranacional que afasta o direito nacional. De acordo com os seus ensinamentos, a *lex mercatoria* deve ser vista como um direito adotado *ad latere* ao sistema estatal, visto que “*os tribunais nacionais não a aceitam como corpo de leis alternativo a ser*

---

<sup>293</sup> A.C. CUTLER. *Private Power...*, p. 20.

*aplicado em um litígio. Acatando-a, estaria o Estado abdicando de parte de sua soberania em favor de mãos invisíveis de uma comunidade de mercados em constantes mudanças*”<sup>294</sup>.

Em relação à autonomia da *lex mercatoria*, são importantes as considerações de MAZZACANO que afirma que “*the noun ‘autonomy’ is defined in Black’s Law Dictionary as ‘1. the right of self-government. 2. A self-governing state’. Immediately, the inadequacy of this definition is apparent. The self-governing nature of the medieval merchant class is evident in the historical record, but this group, while free to contract in commercial matters, could not be deemed a ‘government’ or a ‘state’. Merchants were ‘autonomous’ in terms of their relations with each other, as well as in commercial matters with the state. Apart from insisting that it be governed by its own merchant law in commercial matters, the merchant class had no other sovereign pretensions. They simply wished to conduct commerce from state to state without any interference from local laws. The Black’s definition is, thus, deficient. It does, however, lead us in another, more interesting direction. Under the phrase ‘autonomy of the parties’ Black’s refers us to ‘freedom of contract’. There, we find that freedom of contract is a doctrine w[h]ere people enjoy the right to bind themselves legally. With freedom of contract, parties should not be hampered by external control, as from, for example, government interference. In other words, these are legally binding acts between individuals outside the direct control of the state. It helps us to utilize a functional definition of ‘autonomous’, at least within the context of private legal orders. I use the term ‘autonomy’ with this meaning. This is from the Greek: ‘Auto-Nomos’. ‘Auto’ meaning ‘self’, and ‘nomos’ meaning ‘law’. ‘Autonomy’ is, thus, one who gives oneself his or her own law, as in self-made law. Based on this definition of ‘autonomous’, the medieval *lex mercatoria* did represent a distinctive, autonomous, private legal order that existed primarily outside the shadow of the state*”<sup>295</sup>.

Em que pese a *lex mercatoria* e os operadores do comércio internacional disponham de sanções próprias, conforme demonstrado no capítulo anterior, é certo que o ordenamento jurídico estatal não é conflitante e, muito menos, alternativo às suas disposições. Ao contrário, com frequência, verificam-se compatíveis com os princípios que regem o direito

---

<sup>294</sup> MAGALHÃES, José Carlos; TAVOLARO, Agostinho Tofolli. Fontes do direito do comércio internacional: a *Lex Mercatoria*, In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues (Org.). *Direito do comércio internacional: aspectos fundamentais*, São Paulo: Aduaneiras, 2004.

<sup>295</sup> MAZZACANO, Peter. *Lex Mercatoria as autonomous law*, *CLPE Research Paper Series*, Toronto, v. 4, n.º 6, 2008, p. 3.

das obrigações, fato esse que conduz à possibilidade de afastamento da aplicação da regra costumeira internacional tão somente quando houver violação à ordem pública local.

Sobre esse ponto é importante citar a conclusão de AZEVEDO, ao afirmar que “*não havendo legislação específica a regular todas as relações jurídico-econômicas, até em face da impossibilidade material de isso ocorrer, sobreleva-se a importância de regras supra-estatais que venham a dar conta de tal regulamentação. Neste diapasão, a adoção [de] um direito supranacional, fundado nos usos e costumes reiteradamente utilizados na prática internacional dos comerciantes – a *lex mercatoria*, seria uma forma de se estabelecer parâmetros concretos para a solução dos litígios surgidos no âmbito do comércio internacional*”.

Adiciona-se que o princípio da autonomia da vontade facilita a adequação entre disposições da *lex mercatoria* e as normas estatais, de direito interno, uma vez que torna possível a adoção da *lex mercatoria* pelas partes como parâmetro de resolução dos conflitos hipoteticamente advindos da execução dos contratos internacionais.

### **3.5. Aplicação da *lex mercatoria* e as decisões arbitrais - análise de casos concretos**

Como forma de demonstrar a aplicação da *lex mercatoria* nos contratos internacionais e a sua interpretação pelas câmaras arbitrais, mostra-se pertinente a análise de alguns precedentes dos quais foi possível ter acesso, considerando a característica da confidencialidade do procedimento arbitral. Assim, passa-se à análise dos seguintes precedentes:

(a) Empreendedora Francesa vs. Subcontratada Iugoslava - ICCA, caso n.º 3540 - França - 03 de outubro de 1980<sup>296</sup>

Nesse caso, a Empreendedora Francesa (demandante) e a Subcontratada Iugoslava (demandado) firmaram contrato para construção projeto na antiga URSS, em 3 de novembro de 1975. Entretanto, a Subcontratada teria descumprido suas obrigações, razão pela qual foi instaurado um procedimento arbitral perante a CCI, em Genebra, restando definido que os

---

<sup>296</sup> Disponível *online* em: [https://www.trans-lex.org/203540/\\_/icc-award-no-3540-yca-1982-at-124-et-seq-/](https://www.trans-lex.org/203540/_/icc-award-no-3540-yca-1982-at-124-et-seq-/). Acesso em: 22-05-2017.

árbitros deveriam decidir como *amiables compositeurs*. Ressalta-se que durante todo o procedimento as partes discordaram da lei aplicável ao mérito do litígio.

Após a análise das alegações das partes e considerando que estas não haviam optado pela lei que regeria o contrato, os árbitros definiram que iriam se fundamentar “*uniquely on the contract and the general and common legal principles (...) that is, the application of the 'lex mercatoria'*”.

De acordo com os árbitros, não houve diferença significativa e substancial entre o resultado baseado nos princípios gerais (*lex mercatoria*) e o que seria alçado caso fosse aplicada a lei nacional francesa ou iugoslava.

(b) Palback Ticaret Limited (Turca) vs. Norsolor S.A. (Francesa) - Cour de Cassation, caso n.º 83-11.355 - França - 09 de outubro de 1984<sup>297</sup>:

Em breve síntese, a empresa turca Palback Ticaret Limited (“Palback”) firmou contrato de representação comercial com a empresa francesa Norsolor S.A. (“Norsolor”), que continha um acordo de arbitragem determinando que eventuais conflitos seriam dirimidos por meio da Câmara de Comércio Internacional (“CCI”). Dessa forma, em 26 de outubro de 1979, foi proferido um laudo em Viena, a favor da Pabalk, o qual teve execução iniciada em Paris em 4 de fevereiro de 1980.

Como permitido pelo Código de Processo Civil francês, a Norsolor impugnou o início da execução perante o Tribunal de Paris, que negou provimento ao seu pedido. Entretanto, o Tribunal de Recurso de Viena anulou parcialmente a sentença em 29 de janeiro de 1982, sob o fundamento de que o Tribunal Arbitral teria violado o artigo 13.º do Regulamento da CCI, ao não estabelecer a legislação nacional aplicável ao caso e se referir apenas à *lex mercatoria*.

Paralelamente, a Norsolor recorreu do acórdão proferido e da decisão que indeferiu o seu pedido perante a Cour d'Appel de Paris, que, em 19 de novembro de 1982, anulou a decisão e recuou parcialmente a decisão de execução nos termos do artigo V, n.º 1, alínea e, da Convenção de Nova Iorque, uma vez que certas passagens da parte decisória haviam sido anuladas pelo Tribunal de Recurso de Viena.

---

<sup>297</sup> Disponível *online* em: [http://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice\\_display&id=118](http://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=118). Acesso em: 22-05-2017.

Nesse contexto, a Palbak interpôs recurso de apelação e argumentou que a Cour d'Appel de Paris teria violado o artigo 12.º do Código de Processo Civil e o artigo 7.º do Código Civil, uma vez que, segundo a lei francesa, o tribunal encarregado da execução do laudo arbitral não pôde analisar os fundamentos expostos naquela decisão e que a referência feita pelo tribunal arbitral à *lex mercatoria* não violaria a política pública internacional.

Assim, a Cour de Cassation anulou a decisão da Cour d'appel de Paris, sob o fundamento de que os Tribunais internos não poderiam se recusar a executar a sentença arbitral quando a sua legislação interna assim o permitir, razão pela qual o laudo arbitral deveria ser executado, mesmo se referindo apenas à *lex mercatoria*.

(c) Compania Valenciana de Cementos e Portlan vs. Primary Coal Inc. – Sentença Parcial CCI n.º 5953, 01.09.1988 - Cour de Cassation (1.ª re Ch. Civile), 22.10.1991

A Compania Valenciana de Cementos Portland, empresa estadunidense, e Primary Coal Inc., sociedade sul-africana, firmaram diversos contratos para a distribuição de carvão, sendo que num deles havia cláusula arbitral que determinava a remessa de eventuais conflitos ao tribunal arbitral da CCI. Assim, em razão de litígio, a Compania Valenciana iniciou o procedimento contra a Primary Coal.

Considerando que o contrato principal não estabelecia o direito que seria aplicável ao mérito da causa, o árbitro único proferiu sentença parcial, em 1 de setembro de 1988, por meio da qual definiu que o conflito seria decidido segundo os usos e costumes do comércio internacional, ou seja, por meio da *lex mercatoria*.

Diante disso, a Compania Valenciana interpôs recurso de anulação, baseado nos artigos 1.502.º, §3.º e 4.º do Código de Processo Civil Francês, alegando que as partes não puderam se manifestar sobre a lei que seria aplicável ao contrato e, ainda, a ausência da exposição dos motivos que tornariam a *lex mercatoria* a mais apropriada para ser aplicada ao litígio.

Rebatendo as alegações da Compania de Cementos, a Primary Coal afirmou que o contraditório teria sido respeitado e defendeu a aplicação dos usos e costumes do comércio internacional, visto que as partes não teriam definido a lei que seria aplicável ao mérito da causa.

Assim, analisadas as alegações das partes, a *Cour d'appel* de Paris rejeitou o pedido de anulação da sentença arbitral parcial, sob o fundamento de que na ausência de escolha das partes, o árbitro tem a competência de escolher o ordenamento que entenda como o melhor aplicável, desde que respeitado o contraditório, conforme foi feito no caso ora analisado.

Diante disso, a Comania Valenciana interpôs o recurso de cassação ao acórdão da *Cour d'appel*, fundamentado nas mesmas razões do recurso anterior, o que originou uma decisão absolutamente inovadora da *Cour de Cassation* que validou a decisão do árbitro em aplicar a *lex mercatoria* ao mérito da causa na ausência de escolha expressa das partes.

De acordo com a decisão da *Cour de Cassation*, “*ce qu’il convenu d’appeler la lex mercatoria que désigne l’ensemble des règles du commerce international est obligatoirement applicable à la cause en vertu des règles de procédure que les parties ont acceptées par l’acte de mission*”. A *Cour* também definiu que “*se les principes de lex mercatoria ne sont pas codifiés, ils ont été peu à peu dégagés par la pratique et notamment par une pratique arbitrale qui a reçu la sanction des jurisprudences nationales. Ils se sont ainsi trouvés consacrés comme règles de droit. En effect, par nature elles relèvent la même catégorie que les us et coutumes nationaux reconnus comme source de droit aussi bien dans le pays de common law tels que l’Etat de New York, que dans les pays de tradition romano-germanique tels que l’Espagne, l’Italie ou la France*”<sup>298</sup>.

(d) “Companhia Fencesa” vs. “Companhia Norte-Americana”<sup>299</sup> - Sentença Parcial CCI n° 13012<sup>300</sup>

No caso ora em apreço, foi firmado um contrato, silente quanto à lei aplicável, entre uma Companhia Francesa e uma Companhia Norte-Americana. Dessa forma, surgido o litígio, as partes foram convocadas pelo Tribunal Arbitral para o esclarecimento da questão, ocasião na qual ambas requereram subsidiariamente a aplicação dos princípios gerais de direito.

---

<sup>298</sup> LEE, João Bosco. Sentença Parcial CCI n.º 5953, 01.09.1988 – Cour de Cassation (1re Ch. civile), 22.10.1991 – Compania Valenciana de Cementos Portland v. Primary Coal Inc' (2013) 10, *Revista Brasileira de Arbitragem*, Issue 37, pp. 202–219.

<sup>299</sup> Não foi possível ter acesso à razão social das companhias em questão.

<sup>300</sup> Disponível *online* em: <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=1409&step=FullText>. Acesso em: 23.03.2017.

Assim, considerando que as próprias partes indicaram os princípios gerais do direito como uma alternativa subordinada, o Tribunal Arbitral concluiu que seria mais apropriado não aplicar o direito interno específico, mas sim seguir o “*método direto*” admitido nos termos do n.º 1 do artigo 17.º do Regulamento da CCI<sup>301</sup>, razão pela qual o laudo arbitral seria baseado nos princípios gerais de direito ou na *lex mercatoria*.

Sobre este ponto, o Tribunal Arbitral considerou que “*ao se basear nos princípios gerais do direito, tal como consubstanciado nos Princípios UNIDROIT, o Tribunal Arbitral deve considerar a lex mercatoria em seus dois princípios fundamentais, i.e., as normas da boa-fé, que as partes devem observar na execução do contrato, e a regra do pacta sunt servanda*”<sup>302</sup>.

---

<sup>301</sup> As partes terão liberdade para escolher as regras jurídicas a serem aplicadas pelo Tribunal Arbitral ao mérito da causa. Na ausência de acordo entre as partes, o Tribunal Arbitral aplicará as regras que julgar apropriada.

<sup>302</sup> Disponível *online* em: <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=1409&step=FullText>. Acesso em: 23.03.2017.



## II. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tema multidisciplinar, o estudo da *lex mercatoria* guarda primordial relação com o direito do comércio internacional, direito internacional e, igualmente fundamental é o seu relacionamento com o direito processual civil e política interna dos Estados. O desenvolvimento deste trabalho foi pautado por essa interrelação constante, no qual foi privilegiado o aspecto do direito internacional e a viabilidade das partes escolherem o direito aplicável aos contratos internacionais, o qual exigiu o desenvolvimento de pesquisa das vinculações e implicações que a sistemática de reconhecimento e execução de laudos arbitrais e sentenças baseadas nesse ordenamento supranacional guarda com a evolução e uniformização do comércio internacional.

Nessa perspectiva, foi possível verificar que a autonomia da vontade das partes é o pilar fundamental para o desenvolvimento da *lex mercatoria*, considerando que, por meio desse princípio, aplicado em especial aos contratos comerciais internacionais, as partes têm maior liberdade de optar pelo sistema jurídico que regerá o negócio, bem como o procedimento que será adotado em caso de conflitos, o que justifica o aumento do número de arbitragens transnacionais.

Foram expostas as principais críticas em relação à aplicação do princípio da autonomia da vontade das partes no âmbito do Direito Internacional Privado, tendo em vista a alegada possibilidade de degradação da lei interna dos Estados. A despeito desse ponto, demonstrou-se que, atualmente, o reconhecimento da importância desse princípio para a evolução dos contratos internacionais, bem como para o respeito da vontade das partes contratantes, é absolutamente crucial para o progresso do comércio internacional, pois oferece a segurança jurídica necessária para a conclusão e deslinde dos negócios jurídicos, de modo a suprir eventuais lacunas deixadas pelo direito interno.

Certamente, a autonomia das partes encontra limitações, a partir do momento em que a aplicação de uma norma estrangeira ou, até mesmo, a *lex mercatoria*, contraria valores tradicionais e a base jurídica de uma nação, razão pela qual se conclui que a ordem pública é o fator determinante para barrar o alcance do princípio da autonomia das partes.

Vistos referidos apontamentos, passou-se ao estudo da *lex mercatoria*, entendida como ordenamento jurídico autônomo, infundada em um espaço geográfico, mas sim em um espaço jurídico, imaterial e transacional, tendo em vista que a aplicação está geralmente

vinculada aos contratos internacionais em que há autonomia de vontade para escolha da lei aplicável. Diz-se, “geralmente vinculada” em virtude do Poder Judiciário do brasileiro e português reconhecerem, ainda que minimamente, a possibilidade de aplicação da *lex mercatoria*. Apesar de ínfima a quantidade de precedentes judiciais nesse sentido, conclui-se que a *lex mercatoria*, desde que aliada a outras ferramentas jurídicas estatais, pode ser considerada como completa.

Assim, não obstante aos esforços dos mercatoristas para a defesa da *lex mercatoria*, após a pesquisa realizada, verifica-se que esta não possui condições objetivas para ser considerada como um sistema jurídico autônomo e independente, visto que ainda evolui e depende do auxílio estatal.

Ainda se deve atentar ao fato de que a *lex mercatoria* tem se estruturado sobre a experiência e costumes internacionais, defendidos e divulgados pelos grandes atores do comércio internacional e, portanto, as regras concebidas atendem exclusivamente aos seus interesses.

Dessa forma, além da necessidade de desvinculação dos aparatos estatais, a *lex mercatoria* tem o desafio de ser equitativa e justa, de forma a não prejudicar os comerciantes de pequeno porte sem influência para ditar as regras do comércio. Em outras palavras, deve haver a conscientização de que existem interesses públicos e coletivos, identificáveis com a sociedade civil transnacional, que permeia os contratos comerciais internacionais, devendo a comunidade mercantil exercer um papel mais ativo para o estabelecimento de diálogos e difusão das fontes e conteúdos da nova *lex mercatoria*.

Entretanto, apesar de ser considerada um sistema não autônomo, são inúmeras as vantagens da *lex mercatoria*, visto que além da possibilidade de reduzir os custos de transação, na medida em que pode afastar as especificidades e tecnicismos dos direitos nacionais que não correspondam às expectativas das partes, contribui para a unificação do direito internacional privado e conseqüente diminuição da fragmentação política e jurídica do comércio internacional.

Portanto, a aplicação desse “novo” ordenamento pode levar a resultados indesejados sempre que expressar apenas os interesses econômicos dominantes em detrimento de outros que devem ser protegidos e atingem o restante da sociedade. Resta cuidar para que esse direito transnacional se torne viável e que se harmonize com os interesses do restante da sociedade, conduzindo a um ambiente econômico mais equilibrado.

### III. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Cláusulas abusivas no Código do Consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima (coord.). *Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

ALONSO, Silva. *Derecho Internacional Privado – Parte Especial*, Asunción, Intercontinental Editora, 1995.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica, *Revista de Informação Legislativa*, ano 26, n.º 102, edição de abril/junho, Brasília, 1989.

ARAÚJO, Nádia de, *Direito Internacional Privado – Teoria e Prática Brasileira*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

ARAÚJO, Nádia de. *Contratos Internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, 4ª ed.

ARAÚJO, Nádia e GAMA JR., Lauro. A escolha da lei aplicável aos contratos do comércio internacional: os futuros Princípios da Haia e perspectivas para o Brasil escritório permanente da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado, *Artigo publicado na Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 34, 2012.

ARAÚJO, Nádia. Uma visão econômica do direito internacional privado: contratos internacionais e a autonomia da vontade, In: Luciano Benatti Timm. (Org.), *Direito e economia no Brasil*, 1ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., v. 1, pp. 433-444, 2014, v.1.

BASSO, Maristela, A Autonomia da Vontade nos Contratos Internacionais de Comércio, in *Direito e Comércio Internacional – Tendências e Perspectivas*, *Estudos em Homenagem ao Professor Irineu Strenger*, São Paulo, LTr.

BERMAN, Harold; KAUFMAN, Colin, *The Law of International Commercial Transactions (Lex Mercatoria)*, In *Harvard International Law Journal*, Cambridge, 1978.

BORTOLOTTI, Fabio, The ICC Model Contracts, In *New Trend in International Trade Law – Contributions on the Occasion of 10 Anniversary of the International Trade Law Course*, Torino, G. Giappicheli, pp. 81-97, 2000.

C. SCHMITHOFF, *International Business Law – A new Law Merchant*, in *Select Essays on International Trade*, Chia-Jui Cheg (ed.), Dordrech, Boston, London, Martinus Nijhoff Publishers e Grahan&Trotman, 1988.

CARDENA AFANADOR, Walter René, La nueva lex mercatoria: un caso pioneiro el la globalización del derecho, In: *papel político*, n.º 13, 2001.

CASELLA, Paulo Borba. *Negociação e formação de contratos internacionais -em direito francês e inglês*. Disponível online em: [https://scholar.google.pt/scholar?cluster=15560664179495244161&hl=pt-PT&as\\_sdt=0,5&scioldt=0,5](https://scholar.google.pt/scholar?cluster=15560664179495244161&hl=pt-PT&as_sdt=0,5&scioldt=0,5).

CHEN, Jim C. *Code, Custom and Contract: The Uniform Commercial Code as Law Merchant*, In: *Texas International LawJournal*, v. 27, 1992.

COLLAÇO, Isabel de Magalhães, L'arbitrage international dans la récent loi portugaise sur l'arbitrage volontaire (Loi n.º 31/86, du 29 août 1986), In *Quelques réflexions, in Droit International et droit communautaire – Actes du colloque*, Paris, 5 et 6 avril 1990, Paris, Fondation Calouste Gulbenkian, Centre Culturel Portugais, pp. 55-66, 1991.

CONNERTY, Anthony, Lex mercatoria\_ reflections from an English Lawyer, *Arbitration International*, Vol 230, n.º 4. LCIA, 2014.

CORREIA, Antonio Ferrer, *Erro na Interpretação na Teoria do Negócio Jurídico*, 3ª Tiragem, Coimbra, Livraria Almedina, 1985.

CRETELLA JÚNIOR, José. Conceito categorial de arbitragem, In: *O Direito Internacional no terceiro milênio (Estudos em homenagem ao Prof. Vicente Moura Rangel)*, coor. Luiz Olavo Baptista e Roberto Franco da Fonseca, São Paulo: LTE, pp. 763-775, 1998.

CRUZ, Sebastião. *Direito Romano*, Coimbra, 1980, Coimbra, Livraria Almedina, 1984.

CUTLER, A. Claire. *Private Power and Global Authority – Transnational Merchant Law in the Global Political Economy*, Cambridge, 2003.

DEBAH, Alejandro Daniel. *El contrato internacional en el Mercosul*, Buenos Aires: Quorum, 2005.

DEL'OMO, Florisbal Souza, *Direito Internacional Privado: abordagens fundamentais, legislação, jurisprudência*, Rio de Janeiro: Forense, 4ª ed., 2004.

DEZALAY, Yves; GARTH, Bryant, Merchants of law as moral entrepreneurs – Constructing International utility from the Competition for Transnational Business Disputes, In *Law & Society Review*, v. 29, n.º 1, pp. 27-64, 1995.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extra-contratuais*, Volume 3, 12ª edição, Saraiva: São Paulo, 1997.

DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado - O Princípio da Proximidade e o Futuro da Humanidade*. Disponível online em: [bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45129/45051](http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45129/45051). Acessado em 25.08.2016.

ENGELBERG, Esther. *Contratos internacionais do comércio*. 4 ed. rev. e a atual. São Paulo: Atlas, 2007.

FERRARESE, Maria Rosária. *Le istituzioni della globalizzazione – diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, Il Mulino, 2000.

FRIGNANI, Aldo. L' Arbitrato Commerciale Internazionale - v. XXXIII - *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell' economia diretto da Francesco Galgano*, Padova, Cedam, 2004.

GAILLARD, Emanuel. Transnational law - A legal system or a Method of Decision Making?, In *Arbitration International*, v. 17, n.º 1, 2001.

\_\_\_\_\_. Trente ans de lex mercatoria – pour une application selective de la methode des principes generaux du droit, In *Journal du Droit International*, v. 122, n.º 1, 1995.

GALGAGANO, Francesco; MARELLA, Fabrizio, *Diritto del commercio Internazionale*, Padova, Cedam, 2005.

GALGAGANO, Francesco. *Lex Mercatoria*, Bologna, Il Mulino, 2001.

GALIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil – Vol. I*, 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GEBLER, Eduardo. O contrato internacional no direito de empresa, In *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n.º 85, jan./mar. 1992.

GIARDINA, Andrea. La lex mercatoria e la certezza del diritto nei commerci e negli investimenti internazionali, In *Rivista di Diritto Internazionali Privato e Processuale*, v. 28., n.º 3, 1972.

GOLDMAN, Berthold. La lex mercatorie dans les contrats et l'arbitrage internationaux – réalité et perspectives, in *Journal du Droit International*, pp. 477-499, 1979.

\_\_\_\_\_. Frontières du droit et lex mercatoria, In: *Archives de philosophie du droit*, n.º 9, pp. 177-192, 1964.

\_\_\_\_\_. Nouvelles Réflexions sur la Lex Mercatoria, In: *Archives sw philosophie di droit*, n.º 9, pp. 177-192, 1964.

\_\_\_\_\_. The applicabe law – general principles of law- the “lex mercatoria”, In: *Comtemporary problems in international arbitration*, Julian D.M. Lew, Center of Commercial Studies, London, 1986.

GUERREIRO José Alexandre. *Fundamentos da arbitragem comercial internacional*, doutorado, Universidade de São Paulo, 1989.

HUCK, Hermes Marcelo. *Sentença Estrangeira e Lex Mercatoria – Horizontes e Fronteiras do Comércio Internacional*, São Paulo, Saraiva, 1994.

H. J. BERMAN; C. KAUFMAN. The Law of International Commercial Transactions (Lex Mercatoria), In *Harvard International Law Journal*, Cambridge, 1978.

HABERMAS, Jurgen. *A Ética da Discussão e a Questão da Verdade*, 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KANT, Emmanuel. *Grundlung zur metaphysik der sitten*, trad. de Paulo Quintela, São Paulo, abril Cultural, 1980.

KASSIS, Antoine. *L' autonomie de l'arbitrage comercial international – le droit français em question*, L' Harmattan, Paris, 2005.

KUHN, João Lace. *A autonomia da vontade nos contratos do Mercosul, Direito Internacional Privado*, Luiz Fernando Franceschini e Marcos Wachowicz (coords.), Curitiba: Juruá, 2001.

LAGARDE, Paul. *Approche critique de la lex mercatoria*, In: *Droit des relations économiques internationales, etudes offertes a Berthold Goldman*, Paris, Litec, pp. 125-150, 1982.

LALIVE, Pierre. *L'arbitrage international et les Principes UNIDROIT*, In: *Contratti commerciali internazionali e Principi UNIDROIT*. M.J. BONELL e F. BONELLI (ed.), Milano, 1997.

LEE, João Bosco. *Sentença Parcial CCI n.º 5953, 01.09.1988 – Cour de Cassation (1re Ch. civile)*, 22.10.1991 – Companhia Valenciana.

LEMES, Selma Ferreira. “Princípios e origens da Lei de Arbitragem”, In: *Revista do Advogado*, n.º 51, 1997.

LIMA, Andrei Ferreira de Araújo. *A autonomia da vontade e cláusula de eleição de lei nos contratos internacionais – um estudo com ênfase no direito brasileiro*, *Tese de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. Disponível *on-line*: <http://hdl.handle.net/10183/143405>.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil – Contratos*, São Paulo: Saraiva, 2011.

LOBO. Carlos Augusto da Silveira. *Uma introdução à arbitragem comercial internacional*, In *arbitragem interna e internacional: questões da doutrina e da prática*, Ricardo Ramalho Almeida (coord.), Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LOQUIN, Eric. Où em est la lex mercatoria? In: LEBEN, Charles; LOQUIN, Eric; SALEM, Mahmoud (org), Souveraineté étatique et marches internationaux à la fin du 20ème siècle, à propôs de 30 ans de recherche du CREDIMI, *mélanges em l'honneur de Philippe Kahn*, Litec, pp. 23-51, 2000.

LOUSSOUARN Yvon; BREDIN Jean Denis. *Droit du Commerce International*, Ed. Siren, Paris, 1969.

MAGALHÃES, José Carlos; TAVOLARO, Agostinho Tofolli. Fontes do direito do comércio internacional: a Lex Mercatoria, In AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues (Org.). *Direito do comércio internacional: aspectos fundamentais*, São Paulo: Aduaneiras, 2004.

MANN, F.A., The Proper Law of the Contract, In *The International Law Quarterly*, Vol. 3, n.º 1, Published by: Cambridge University Press, pp. 60-70, Janeiro 1950.

MAQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor, 3. Ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1999.

MARELLA, Fabrizio, La nueva lex mercatoria tra controversie dogmatiche e mercato delle regole – Note di analisi econômica del diritto dei contratti internazionali, In *Sociologia del Diritto*, v. 32, n.ºs 2-3, 2005.

\_\_\_\_\_. La nueva lex mercatoria, Principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale – v. XXX – *Tratato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, Cedam, 2003.

MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem: comentários à Lei 9.307/1996*, Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MAYER, Pierre. *Le Principe de Bonne Foi devant les Arbitres du Commerce International*, in *Festchrift Pierre Lalive*, Basel, Frankfurt a. M., 1993.

MAYNEZ, Eduardo Garcia. *Filosofia des Derecho*, México, Editorial Porrúa S/A, 1974.

MAZZACANO, Peter. Lex Mercatoria as autonomous law, *CLPE Research Paper Series*, Toronto, v. 4, n.º 6, 2008.



- MELICH-ORSINI, Jose. *Doctrina General del Contacto*, Lautaro Editora, Caracas, 1997.
- MUSTILL, Michal. The New Lex Mercatoria – The First Twenty-five Years, In: *Arbitration International*, 1998.
- OLGIATI. Lex Mercatoria e communitas mercatorum nell’esperienza giuridica contemporanea, In: *Sociologia del Diritto*, v. 32, n.ºs 2-3, 2005.
- ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. *Inter-American Convention on the Law applicable to International Contracts*. Disponível online em: <http://www.oas.org/juridico/English/Treaties/b-56.html>.
- \_\_\_\_\_. *Inter-American Convention on the Law applicable to International Contracts*, Traduzido pela autora. Disponível online em: <http://www.oas.org/juridico/English/Treaties/b-56.html>.
- OSMAN, Filali. *Les principes généraux de la lex mercatoria – contribution à l’étude d’un ordre juridique anational*, Paris, Libr. Générale de droit et de jurisprudence, 1992.
- PATRÃO, Afonso Nunes de Figueiredo. Removendo obstáculos ao mercado europeu de garantias imobiliárias: a autonomia conflitual na hipoteca e o reforço da cooperação internacional, *Tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Professor orientador: Rui Moura Ramos, Biblioteca da Universidade de Coimbra, 2015.
- PELLET, Alain. La lex mercatoria “tiers ordre juridique”? – remarques ingénues d’un internationaliste de droit public, in LEBEN. Charles; LOQUIN, Eric; SALEM, Mahmoud (org.), *Souveraineté étatique et marches internationaux à la fin du 20ème siècle, à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI, mélanges em l’honneur de Philippe Kahn*, Paris, Litec, 2000.
- PINHEIRO, Luís de Lima. *Direito aplicável ao mérito da causa na arbitragem transnacional*, disponível online em: [http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe\\_artigo.aspx?idsc=57754&ida=57714](http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idsc=57754&ida=57714).

PINHERO, Luís de Lima. *Arbitragem transnacional: a determinação do estatuto da arbitragem*, Editora Almedina, Coimbra: 2005.

PINTO, Carlos Alberto Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª edição, Coimbra Editora: 2005.

PIRES, Eduardo e ARAÚJO, Neiva. *Lex mercatoria e arbitragem internacional: alternativas para a regulação e solução de conflitos do comércio internacional*. Disponível on-line em: [http://www.publicadireito.com.br/conpedi/anais/36/07\\_1713.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/anais/36/07_1713.pdf).

POMPEU, Renata Guimarães. O exercício da autonomia privada como expressão da concidadania: por uma visão crítico-reconstrutiva da relação jurídica contratual, *Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais*, Belo Horizonte, 2012.

RAMOS, Rui Manuel Moura. *Estudos de Direito Internacional Privado da União Europeia*, Imprensa da Universidade de Coimbra: Coimbra, 2016.

RAMOS, Rui Manuel Ramos. A lei aplicável ao contrato de trabalho internacional, *Dissertação para doutoramento em Direito Internacional Privado na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Livraria Almedina: Coimbra, 1990.

RAWLS, John. *História da Filosofia Moral*, 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ROPPO, Enzo. *O contrato*, Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

ROVIRA, Suzan Lee Zaragoza de. Estudos comparativos sobre os contratos internacionais: aspectos doutrinários e práticos, In *Contratos Internacionais*, Coordenador João Grandino Rodas, 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

SANTOS, António Marques dos. Algumas considerações sobre a autonomia da vontade no direito internaciol privado em Portugal e no Brasil, in *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, Volume I, Editora Almedina: Coimbra, 2002.

SCHMITHOFF, Clive. International Business Law – A new Law Merchant, In *Select Essays on International Trade*, Chia-Jui Cheg (ed.), Dortrech, Boston, London, Martinus Nijhoff Publishers e Grahan&Trotman, 1988.

SHULZ, Alexandre. Os contratos comerciais internacionais na sociedade pós-industrial: reflexões sobre a nova lex mercatoria, *Dissertação de Mestrado*, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

SOUZA JÚNIOR, Lauro da Gama e. Os Princípios do Unidroit Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais e sua Aplicação nos Países do Mercosul, In: *Contratos Internacionais*, João Gardino Rodas (Coord), 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

STARK, Boris. *Obligations*, Paris, Librairies Techniques, 1972.

STOF, Giuseppe. *Teoria del Negozio Giuridico*, trad. Esp de JAIME SANTOS BRIZ, Madrid, 1959.

STREGER, Irineu. *Da Autonomia da Vontade*, 2ª Ed. São Paulo: LTr, 2000.

\_\_\_\_\_. *Contratos Internacionais do Comércio*, 3. Ed., São Paulo, LTr, 1998.

\_\_\_\_\_. *Direito do Comércio Internacional e Lex Mercatoria*, São Paulo, LTr, 1996.

\_\_\_\_\_. *Direito do Comércio Internacional e a Lex Mercatoria*, São Paulo\_ LTr, 1996.

VENEZUELA. *El Tribunal Supremo de Justicia*. Disponível online em: <<http://tachira.tsj.gob.ve/decisiones/2010/marzo/1352-24-4721-.html>>.

VICENTE, Dário Moura. *Da Arbitragem Comercial Internacional – Direito Aplicável ao Mérito da Causa*, Coimbra, Editora Coimbra: 1990.

VIRALLY, Michel. Um tiers droit? Représentations théoriques, In *Droit des relations économiques internationales, études offertes a Berthold Goldman*, Paris, Litec, 1982.

W. AFANADOR. La nueva lex mercatoria: un caso pionero el la globalización del derecho, In: *papel político*, n.º 13, 2001, p. 110-111.

WALLINE, Marcel. *L'Individuelisme et le Droit*, deuxième édition, Paris, Édition Domat, 1949.

WEIL, Alex; TERRÉ, François. *Droit Civil, les Obligations*, Paris Dalloz, 1975.

RICHMAN, William M.; Riley, David. *The First Restatement of Conflict of Laws on the Twenty-Fifth Anniversary of Its Successor: Contemporary Practice in Traditional Courts*, 56 Md. L. Rev. 1196 (1997). Disponível em: <http://digitalcommons.law.umaryland.edu/mlr/vol56/iss4/4>.

#### **SITES ACESSADOS:**

<https://www.trans-lex.org/>

<http://www.unidroit.org/>

<http://www.kluwerlawonline.com/index.php>

<https://www.jusbrasil.com.br/>

<http://www.dgsi.pt/>

<http://eur-lex.europa.eu/homepage.html?locale=pt>

<http://www.mercosul.gov.br/>

<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>

[http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Processos/Consulta-Processual](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Processos/Consulta-Processual)

<http://www.oas.org/en/>