



CAMILA ANDRESSA CAMILO DE OLIVEIRA

OS CONTRATOS INTERNACIONAIS E A LEX MERCATORIA

Dissertação em Ciências Jurídico-Empresariais-Menção em Direito Empresarial

Julho/2017



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

CAMILA ANDRESSA CAMILO DE OLIVEIRA

OS CONTRATOS INTERNACIONAIS E A LEX MERCATORIA
THE INTERNATIONAL CONTRACTS AND THE LEX MERCATORIA

Dissertação apresentada no âmbito no 2º Ciclo de Estudos da
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Área de Especialização: Mestrado Científico em Ciências
Jurídico-Empresariais com menção em Direito Empresarial.

Orientador: Professor Doutor Filipe Cassiano Nunes dos
Santos

COIMBRA

2017

AGRADECIMENTOS

Inicialmente agradeço à minha família por ter me ensinado a ser uma pessoa forte e batalhadora e por todo o apoio dado durante estes anos. Aos meus pais, Rosângela e Mauro e à minha irmã, Gabriela, um agradecimento especial por entenderem minha necessidade de voar e por sempre me acolherem com tanto amor no retorno.

Agradeço também ao meu professor e orientador Dr. Filipe Cassiano Nunes dos Santos, pela paixão com que ministrava as aulas de Direito dos Contratos, o que me entusiasmou a me aprofundar na matéria.

Aos meus colegas de mestrado, agradeço todos os momentos que passamos juntos, nas dificuldades e comemorações. Esta experiência não teria sido tão incrível sem vocês.

Sono anche grata ai miei amici che ho incontrato durante L'Erasmus in Italia. Questo è stato sicuramente il migliore anno della mia vita. Mi mancheranno per sempre.

Obrigada a todos! Grazie a tutti!

RESUMO

As frequentes e dinâmicas mudanças político-econômicas fazem com que as funções dos contratos se alterem conforme o passar dos anos. O contrato internacional, possuidor de certas peculiaridades, hoje é considerado a força motriz do comércio internacional. Diante do processo de globalização, as leis nacionais deixaram de ser satisfatórias e para garantir o bom funcionamento do mercado e a comunidade internacional do comércio tem buscado o reconhecimento e utilização de uma lei anacional baseada nos usos e costumes do comércio internacional: *A Nova Lex Mercatoria*. Com origem na Idade Média, a *Lex Mercatoria* surge espontaneamente pela vontade dos próprios comerciantes com o intuito de superar as normas existentes que não correspondiam mais aos seus interesses. Seu declínio iniciou-se com a formação dos Estados Nacionais, extinguindo-se após a Revolução Francesa e a ascensão da burguesia, quando o Estado percebeu que a regulação do mercado poderia lhe trazer grandes lucros. No entanto, diante do desenvolvimento tecnológico e das três revoluções industrial, surgiu um fenômeno de internacionalização do comércio. Nesse contexto, Berthold Goldman trouxe à tona a discussão sobre a existência de uma nova *Lex Mercatoria* e sua possibilidade de aplicação nos contratos internacionais do comércio, tendo como fundamento principal, a autonomia da vontade das partes e a arbitragem como meio para sua aplicação. A discussão ainda prevalece, principalmente do que se refere aos limites das leis imperativas, a fraude à lei e à ordem pública.

Palavras-chave: Contratos Internacionais, Lex Mercatoria, Nova Lex Mercatoria, Autonomia da Vontade, Escolha da Lei Aplicável

ABSTRACT

The frequent and dynamic political-economic changes makes contract roles shift over the years. The international contract, possessing certain peculiarities, is now considered the driving force of international trade. Faced with the globalization process, the national laws are no longer satisfactory and to ensure the proper operation of the market and the international trade community has sought to recognize and use an anational law based on the usage and consuetude of international trade: The New *Lex Mercatoria*. From the Middle Ages, *Lex Mercatoria* arises spontaneously by the will of the merchants themselves in order to overcome existing norms that no longer correspond to their interests. Its decline began with the formation of the National States, extinguishing itself after the French Revolution and the rise of the bourgeoisie, when the State realized that the regulation of the market could bring great profits. However, after the technological development and the three industrial revolutions, a phenomenon of internationalization of commerce appeared. In this context, Berthold Goldman brought up the discussion about the existence of a new *Lex Mercatoria* and its possibility of application in the international contracts, based on the autonomy of the will of the parties and arbitration as a way for its application. The discussion still prevails, especially as far as the limits of the imperative laws, the fraud to the law and the public order are concerned.

Keywords: International Contracts, Lex Mercatoria, New Lex Mercatoria, Autonomy of Will, Choice of Applicable Law

ABREVIATURAS

CCI - Câmara de Comércio Internacional

CIJ – Corte Internacional de Justiça

CISG – Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias

COMECON - Conselho de Assistência Econômica Mútua

GAFTA –Grain and Feed Trade Association

ILA – International Law Association

INCOTERMS – Termos Internacionais do Comércio

LICC – Lei de Introdução do Código Civil

ONGs – Organizações Não Governamentais

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça (Brasil)

STJ – Supremo Tribunal de Justiça (Portugal)

UNCITRAL - Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional

UNIDROIT - Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado

1. INTRODUÇÃO	8
2- DOS CONTRATOS INTERNACIONAIS DO COMÉRCIO	12
2.1 As novas funções do contrato em face da modernização jurídico-econômica	14
2.2- A autonomia da vontade nos contratos internacionais	17
3.2.1 Limitação da autonomia da vontade na elaboração de um contrato internacional	23
2.2.2 A autonomia da vontade e a <i>Lex Mercatoria</i>	26
2.3 Lei Aplicável aos Contratos Internacionais do Comércio	28
3. A LEX MERCATORIA	32
3.1 <i>Lex Mercatoria</i> e a Segurança nas Relações do Comércio Internacional	43
3.2 Críticas à <i>Lex Mercatoria</i>	44
3.3 Fontes da <i>Lex Mercatoria</i>	51
4. ARBITRAGEM	58
4.1 Cláusula compromissória e compromisso arbitral.	62
4.1.1 Cláusula compromissória internacional	63
4.2 Procedimento Arbitral e a Lei Aplicável.	65
5. A LEX MERCATORIA E A UNIFORMIZAÇÃO ESPONTÂNEA DO DIREITO	69
5.1 Os princípios UNIDROIT	72
5.2 Os princípios da Haia sobre a escolha da lei aplicável aos contratos internacionais	78
5.3 Formação dos contratos	82
7. POSICIONAMENTO DA MAGISTRATURA	84
CONCLUSÃO	89
BIBLIOGRAFIA	93

1. INTRODUÇÃO

Os contratos tiveram sua origem no direito romano, com o objetivo de regular as relações interpessoais e assegurar a vontade humana à possibilidade de criar direitos e obrigações¹. No século XIX, o contrato se transformou em um instrumento eficaz para a economia capitalista e para o desenvolvimento das relações comerciais, industriais e financeiras existentes no mundo atual².

Para a construção do conceito de contrato, duas correntes foram fundamentais: a corrente do Pensamento Canonista e a Escola do Direito Natural. A primeira corrente determinava a relevância do consenso entre as partes e sua fé jurada. Para essa corrente a obrigação nasce de um ato de vontade, bastando a declaração das partes para a formação do contrato³.

A segunda corrente, sustentada pela escola do Direito Natural, defende que o fundamento racional do nascimento das obrigações se encontrava na vontade livre dos contraentes, sendo necessário apenas o consentimento para obrigar⁴.

Neste sentido, Amin Ferraz⁵ dispõe que “*em virtude da ideologia individualista dominante e do processo econômico de consolidação do regime capitalista de produção, nasce a moderna concepção de contrato, sendo acordo de vontades por meio do qual as pessoas formam um vínculo jurídico a que se prendem. (...) Portanto, o liberalismo*

¹DREBES, Josué Scheer, *O Contrato Internacional à Luz do Direito Internacional Privado Brasileiro*, Revista Eletrônica de Direito Internacional, vol. 6, 2010, p. 193.

² Ibidem.

³ FERRAZ, Daniel Amin, *Joint Venture e contratos internacionais*, Mandamentos, Belo Horizonte, 2001, p. 34.

⁴ GOMES, Orlando, *Contratos*, 15ª edição, atualizada por Humberto Theodoro Júnior, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1995, p. 5.

⁵ FERRAZ, Daniel Amin, *Joint Venture e...*, p.35.

econômico, a ideia basilar de igualdade de todos perante a lei e a concepção de liberdade do mercado de capitais e de trabalhos permitiriam fazer do contrato instrumento jurídico, por excelência, da vida econômica”.

O surgimento de Estados centrais fortes na Europa durante a Idade Moderna, foi um fator decisivo para impulsionar a reforma comercial, as grandes descobertas e a colonização da América e da Ásia⁶. No início da expansão do capitalismo, o que sustentava o crescimento do comércio eram as fronteiras nacionais e o pacto colonial. Já a partir da metade do século XX, os Estados passaram a travar esse desenvolvimento, praticando políticas protecionistas, obrigando o sistema econômico a forçar a superação destes entraves através de dois mecanismos: a formação e ampliação de zonas de livre comércio e de outro lado, a discussão e formação de tratados internacionais sobre o comércio exterior⁷, o que certamente contribuiu para o processo de globalização da economia.

Diante dessa evolução, houve uma modificação na noção e na formação dos contratos atuais. De acordo com Orlando Gomes⁸, três fatores determinaram a transformação da teoria geral do contrato: A insatisfação de grande parte da população pelo desequilíbrio entre as partes, a modificação técnica por meio de uma relação jurídica e a intervenção dos Estados na vida econômica, sendo que esta última passou a limitar a liberdade dos contraentes de contratar.

Atualmente, o contrato internacional pode ser entendido como um instrumento do Direito Internacional Privado que tem por intenção regular uma relação jurídica entre duas

⁶ COELHO, Fábio Ulhoa, *Curso de Direito Comercial – Direito de Empresa*, São Paulo, Editora Saraiva, 2011, 12ª edição, Vol. 3, p. 21.

⁷ *Ibidem*.

⁸ GOMES, Orlando, *Contratos*, 15ª edição, atualizada por Humberto Theodoro Júnior, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1995, p. 7.

ou mais partes, que possuem vínculos com sistemas jurídicos distintos entre outras estraneidades⁹.

Ao longo do século XX, o comércio internacional evoluiu de maneira grandiosa: desenvolvimento tecnológico e industrial, a abertura de novos mercados, criação de blocos econômicos e dissolvimento de barreiras alfandegárias, fomentaram os negócios transnacionais, fazendo com que surgisse uma nova “comunidade de comerciantes”.

A partir daí os operadores do comércio passaram a discutir, discordar e a tentar superar as leis nacionais relativas aos contratos internacionais, tendo em vista que devido à pluralidade de ordenamentos jurídicos, a contratação internacional se torna complexa e burocrática, não atendendo as necessidades dos negócios jurídicos num mundo globalizado.

Neste contexto ressurgem a ideia de uma “*Nova Lex Mercatoria*”, que surge como um ordenamento autônomo, baseado na autonomia da vontade das partes e nos usos e costumes do comércio internacional, tendo como objetivo uniformizar as normas relativas ao contrato internacional.

Neste estudo observaremos as características do contrato internacional, sua evolução funcional conforme o desenvolvimento econômico, além da autonomia da vontade das partes, a qual é fundamental para a escolha do direito aplicável aos contratos internacionais.

Posteriormente, discorreremos sobre a evolução *da Lex Mercatoria* e sua nova definição nos dias atuais, posicionamento da doutrina sobre sua admissibilidade e as barreiras encontradas, para sua aplicação plena.

⁹ Características que ligam um contrato a mais sistemas jurídicos, determinando a sua internacionalidade são: domicílio, nacionalidade, *Lex voluntatis*, localização da sede, centro das principais atividades, foro, etc. (DREBES, Josué Scheer, *O Contrato Internacional...*, p. 195)

Além disto, analisaremos a Arbitragem, o meio em que a *Lex Mercatoria* se propaga, tendo em vista a maior flexibilidade dos árbitros em relação à possibilidade de escolha da lei aplicável aos contratos internacionais, bem como a sua maior propensão à aplicar princípios, leis modelos e normas de *soft law* elaboradas por diversas instituições que se dedicam ao estudo do Direito Internacional Privado.

Toda a elaboração deste trabalho foi fundamentada em livros, doutrinas, artigos relacionados ao tema do estudo, bem como legislações nacionais e outras normas com o objetivo de analisar a possibilidade de escolha da *Lex Mercatoria* como lei aplicável aos contratos internacionais do comércio.

2- DOS CONTRATOS INTERNACIONAIS DO COMÉRCIO

De acordo com Irineu Strenger¹⁰, “o contrato internacional é consequência do intercâmbio entre Estados e pessoas, cujas características são diversificadoras dos mecanismos conhecidos e usualmente utilizados pelos comerciantes circunscritos a um único território, e os transterritoriais”. Cabe-se dizer que apesar do Direito do Comércio Internacional não ser uma disciplina autônoma, ainda assim, tem como base os usos e costumes comerciais.

Por uma visão simplória da matéria, pode entender-se que a diferença entre os contratos internos e contratos internacionais, depende, unicamente de fatores geográficos, espaciais¹¹, ou elementos nacionais ou estrangeiros, seja pela via das conexões domiciliares e suas ramificações ou pela via da nacionalidade¹².

Todavia, no entendimento de alguns autores que se dedicaram a estudar o tema, como no caso de Amin Ferraz¹³, quando os elementos constitutivos do contrato (partes, objeto, lugar onde se pactua a obrigação, lugar onde deverão surgir seus efeitos), se originam e realizam dentro dos limites geográficos de um único Estado, estaremos diante de um contrato interno. Já nos casos em que os contratantes tenham nacionalidades diversas ou domicílio em países distintos, quando a mercadoria ou serviço seja entregue ou prestado em Estado diverso, ou quando os lugares de celebração e execução das obrigações também não coincidirem, estaremos diante de um contrato internacional.¹⁴

Além disso, entende-se que outros contratos sejam internacionais por natureza, sendo eles os contratos que envolvem empresas de países diversos; uma das partes

¹⁰ STRENGER, Irineu, *Contratos Internacionais do Comércio*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1986, p. 4.

¹¹ FERRAZ, Daniel Amin, *Joint Venture e ...*, p. 70.

¹² STRENGER, Irineu, *Contratos Internacionais do...*, p. 4.

¹³ FERRAZ, Daniel Amin, *Joint Venture e ...*, p. 70.

¹⁴ Este também é o entendimento de Strenger (STRENGER, Irineu, *Contratos Internacionais do ...*, p. 6)

desenvolva a matéria do objeto no contexto internacional; aquelas que afetariam Estados envolvidos diretamente na função que instrumentalizam e nos outros países que integram a área dos bens e serviços aos quais se referem; aqueles que põem em jogo outras empresas que se dedicam à mesma área do objeto do contrato e ainda àqueles que não possuem forma própria, mas são constituídos por técnicas especiais de negociação e formação mais ou menos homogêneas¹⁵.

Para alguns autores, as peculiaridades dos contratos internacionais podem ocorrer no âmbito jurídico e econômico. Olavo Baptista¹⁶ entende que “*a movimentação de bens e serviços através de fronteiras é o indicador econômico da internacionalidade do contrato*”, e pela ótica jurídica, o autor defende que “*um contrato tem caráter internacional quando, pelos atos concernentes à sua celebração ou sua execução, ou a situação das partes quanto à sua nacionalidade ou seu domicílio, ou a localização de seu objeto, ele tem liame com mais de um sistema jurídico*”¹⁷, arguindo ainda que, para o direito brasileiro, para um contrato ser considerado internacional, essas duas vertentes devem ser atendidas simultaneamente.

Certo é que as origens consuetudinárias do comércio internacional e as frequentes mudanças políticas econômicas reforçam as peculiaridades deste ramo, submetendo-se assim a pactos e convenções, o que faz com que os contratos internacionais sejam a força motriz do comércio internacional¹⁸.

Ainda de acordo com Strenger¹⁹, no intuito de evitar radicalismos, tende-se a assentar os contratos internacionais nas obrigações e nos princípios gerais sobre o negócio jurídico, defendendo ainda que as normas do direito obrigacional são inevitavelmente aplicáveis às relações jurídicas provenientes das relações comerciais, com algumas modificações, cabendo dizer ainda que os contratos internacionais também se baseiam nos princípios fundamentais dos contratos em geral, especialmente o princípio da autonomia da

¹⁵FERRAZ, Daniel Amin, *Joint Venture e ...*2001, p. 248-249.

¹⁶ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos Internacionais*. São Paulo: Lex Editora, 2010, p.21.

¹⁷ Ibidem, p. 23.

¹⁸ STRENGER, Irineu, *Contratos Internacionais do ...*p. 5.

¹⁹ Ibidem, p. 6.

vontade (*lex voluntatis*), o qual permite uma maior adaptação à vida própria do comércio internacional²⁰.

Nos contratos internacionais vigora a ideia de que a execução e cumprimento das obrigações assumidas situam-se na multiplicidade de sistemas jurídicos, não se submetendo às normas de um único Estado²¹. Amin Ferraz²², diz que devemos considerar duas hipóteses: a omissão do contrato, quanto ao direito aplicável, e a execução dessa faculdade pelas partes, em função do princípio da autonomia da vontade.

Na primeira hipótese o autor defende que neste caso, os sujeitos estarão subordinados aos elementos de conexão vigentes nos ordenamentos positivos de direito internacional privado²³, na segunda hipótese, em relação à autonomia da vontade, tem-se entendido que este princípio será amplamente admitido, mas não com um caráter ilimitado: o aspecto central da autonomia da vontade em Direito Internacional Privado consiste na liberdade de designação do direito aplicável²⁴.

A questão da autonomia da vontade quanto à lei aplicável ainda é bastante discutida, já que parte da doutrina defende a sua não existência e outra que acreditam na sua ampla aplicação, há inclusive doutrinadores que defendem a regulação dos contratos através da aplicação da *Lex Mercatória*, o que daria total autonomia às partes.

2.1 As novas funções do contrato em face da modernização jurídico-econômica

O fenômeno da globalização, apesar de ser um processo político-econômico, trouxe modificações inclusive no campo jurídico. Nas palavras de Paulo Luiz Netto Lôbo:

²⁰ Ibidem, p. 33.

²¹ FERRAZ, Daniel Amin, *Joint Venture e ...* p. 88

²² Ibidem.

²³ Elementos de conexão: vontade das partes, lugar de formação do contrato, nacionalidade das partes, domicílio, moeda do contrato, procedência dos bens objeto do contrato, destino dos bens (FERRAZ, Daniel Amin, *Joint Venture e contratos internacionais*, Mandamentos, Belo Horizonte, 2001, p. 88, nota 88)

²⁴ PINHEIRO, Luís de Lima, *Joint Venture – contrato de empreendimento comum em direito internacional privado*, edições Cosmo Direito, Lisboa, 1998, p. 456.

"A globalização econômica procura transformar o globo terrestre em um imenso e único mercado, sem contemplação de fronteiras e diferenças nacionais e locais. Tende a uma padronização e uniformização de condutas, procedimentos e relevâncias relativamente aos objetivos de maximização econômica e de lucros, a partir dos interesses das nações centrais e empresas transnacionais que, efetivamente, controlam o poder econômico mundial, sem precedentes na história. Todo o aparato legal que se constituiu em torno do Estado social, densificando os princípios e regras constitucionais, tem sido desafiado pela globalização econômica. O desafio apresenta-se sob dois aspectos principais: o primeiro, vem em forma de pressão para remoção ou aviltamento dos direitos sociais e de redução substancial do sistema legal de intervenção e controle da ordem econômica, sob pena de retaliações difusas ou diretas, inclusive de recusa de investimentos ou saída de capitais; o segundo, pela desconsideração do direito nacional ou sua utilização, naquilo que convém. Ambos levam ao notável enfraquecimento do direito nacional, que se torna impotente para fazer face a eles".²⁵ Como meio de padronização, procedimento e mediação de ações econômicas temos a figura do contrato, instrumento jurídico que tem se modificado para atender as novas situações exigidas pelo processo de globalização.

Diante deste fenômeno, há uma maior necessidade de harmonização dos contratos diante das inúmeras legislações estatais. Apesar de manter uma estrutura básica, os contratos se adaptam aos diversos sistemas econômicos e às funções econômicas de produção, distribuição e comercialização de bens e serviços.²⁶

Antes da revolução industrial os contratos buscavam regular uma negociação individual, baseada na troca de objetos artesanais. Com a evolução da sociedade industrial no fim do século XIX, desenvolveu-se a técnica para produção em massa e expandiu-se consequentemente o mercado de consumidores, fazendo com que se alterasse também o tipo de contratação: não era mais possível realizar um contrato individual, personalizado,

²⁵ LOBO, Paulo Luiz Neto, Direito do estado federado ante a globalização econômica, Revista de informação legislativa, v. 38, n. 151, jul./set. 2001, p. 96-108, disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/702>>, acesso em 12 de Maio de 2017.

²⁶ GHERSI, Carlos Alberto. Contratos: problemática moderna. Mendoza: Cuyo, 1996, p. 17-18

onde se podia negociar as cláusulas, os contratos seguiram o padrão de produção e também se tornaram massificado e impessoais.²⁷

Com a expansão do capitalismo como modelo econômico, as relações comerciais se amplificaram velozmente, fazendo com que o ato e a forma de contratar se tornassem cada vez mais rápidos e que os contratos existentes se tornassem insuficientes para abranger todas as modalidades negociais desenvolvidas. Diante da velocidade e dinamismo do mercado surgiu o contrato por adesão, totalmente impessoal, onde uma das partes define todas as cláusulas e cabe à outra parte apenas aceitar, ou não.

Logo o Estado começou a interferir nos contratos, buscando garantir o funcionamento do capitalismo. Após duas grandes guerras, o liberalismo se espalhou e oprimiu as camadas sociais mais populares, gerando reivindicação de direitos pela massa. Diante desse cenário, o Estado teve de intervir e se adaptar às novas necessidades, inclusive passando a ter um caráter social.²⁸ O contrato se torna um mecanismo para *estipular controles que possam estar a serviço de um interesse mais amplo como o da própria sociedade, (...) um controle social e racional capaz de afirmar uma nova sociabilidade que afirme a liberdade de cada indivíduo e dos grupos e não somente a propriedade de poucos.*²⁹

A intervenção do Estado no modelo capitalista depende de uma estrutura jurídica para controlar e legitimar as medidas de regulação do mercado, no entanto, a expansão do capitalismo trouxe ainda a internacionalização do comércio e a formação de blocos econômicos, o que fez com que a própria noção de soberania fosse flexibilizada³⁰, os

²⁷ ALMEIDA, Juliana Evangelista de, *A evolução histórica do conceito de contrato: em busca de um modelo democrático de contrato*, disponível em < http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11306> , Acesso em 14 de maio de 2017.

²⁸ Ibidem.

²⁹ RAVA, Luciano da Ros Ben-Hur, *Posicionamentos da magistratura brasileira: sobre a nova lex mercatoria*, disponível em < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_leitura&artigo_id=3267#_ftn32>, Acesso em 14 de maio de 2017.

³⁰ BERARDO, Telma. “Soberania, um Novo Conceito?”. in: Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, n. 40, p. 26-29, julho/set. 2002; MCGREW, Anthony. “A global society?” in: HALL, Stuart; HELD, David; MCGREW, Antony. *Modernity and its futures*. Cambridge: Polity Press/Open University Press, 1992

ordenamentos jurídicos estatais se tornaram insuficientes para reger negociações transnacionais, dando espaço inclusive para o surgimento da nova *Lex Mercatoria*.

2.2- A autonomia da vontade nos contratos internacionais

A vontade pode ser debatida através de vários aspectos: teológicos, filosóficos, psicológicos e jurídicos são algum deles. Para Santo Agostinho e Descartes, por exemplo, transitando entre a teologia e a filosofia, vontade e liberdade possuem o mesmo significado: a faculdade através da qual o ser humano é digno de louvor, quando escolhe o bom, e digno de reprovação quando escolhe o mau. O fato de nós termos vontade nos torna responsáveis pelas nossas decisões e ações.³¹

Este conceito de responsabilidade adquirida através da vontade é facilmente aplicada no direito. Vicente Rao³² salienta a vontade como sendo matéria básica da teoria do direito e da realidade jurídica, possuindo uma enorme força criadora, sendo esta manifestada ou apenas declarada. Segundo o autor, a vontade, através de fatos disciplinados pela norma é que determina a atividade jurídica das pessoas, principalmente no que tange à criação, modificação e extinção de obrigações.

A autonomia da vontade não age apenas como um elemento da liberdade em geral. Ela também age como suporte da liberdade jurídica, materializado-se através de um princípio. Costuma-se sintetizar o princípio da autonomia da vontade, no modelo liberal, pela assertiva de que o contrato é lei entre as partes (*Pacta sunt servanda*³³).

³¹ Para aprofundamento sobre o tema: DESCARTES, René. *Discurso sobre o Método*. São Paulo: Atena, 1971; CRUBELLATE, João Marcelo, *O itinerário da vontade na antropologia de Santo Agostinho*, Universidade Estadual de Maringá, Maringá, 2011.

³² RAO, Vicente, *Ato Jurídico*, São Paulo, 1961.

³³ Do Latim Literal "Servo quem assume pacto".

De acordo com Irineu Strenger³⁴ “a autonomia da vontade como princípio deve ser sustentada não só como um elemento da liberdade em geral, mas como suporte também da liberdade jurídica, que é esse poder insuprimível no homem de criar por um ato de vontade uma situação jurídica, desde que esse ato tenha objeto lícito”.

Para Maria Helena Diniz³⁵ “O princípio da autonomia da vontade se funda na liberdade contratual dos contratantes, consistindo no poder de estipular livremente, como melhor convier, mediante acordo de vontades, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica”.

Este princípio teve seu auge após revolução francesa, manifestando liberdade absoluta: era livre para contratar com quem se quisesse e da maneira a escolher, chegando alguns doutrinadores a afirmar que os contratos transformavam-se em lei entre as partes.

Com a propagação dos ideais liberais durante o século XX, percebeu-se que a total liberdade de contratação causava desigualdades e situações de conflito com a sociedade. Assim, atualmente, existem duas teorias³⁶: a subjetivista, que defende a autonomia da vontade plena e a teoria objetiva, a qual defende que não existe a autonomia da vontade, o que existe é a liberdade concedida pelo direito, e por este limitada.

Sobre esta discussão Rechsteiner se pronuncia: “Quando a própria lei estabelece limites à autonomia da vontade das partes, estas tão-somente podem escolher o direito aplicável em consonância com a lei. Uma escolha do direito aplicável que não respeite os limites da lei é juridicamente ineficaz, de modo que o direito aplicável será aquela consoante à vontade objetiva do legislador, subsidiariamente aplicável na ausência de escolha válida das partes. Quando a lei não estabelecer restrições expressas, entendemos

³⁴ STRENGER, Irineu, *Autonomia da Vontade em Direito Internacional Privado*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1968, p. 51.

³⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais*. Saraiv, São Paulo, 2008, p.23

³⁶ RENOFIO, Fernando Rafael Zilio, *Lex Mercatoria nos contratos internacionais*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2006, p. 109 e ss.

*que as partes poderão escolher qualquer ordem jurídica como direito aplicável, tendo em vista que todos os direitos são equivalentes”.*³⁷

Strenger³⁸ entende que o contrato, de que natureza for, constitui um meio pelo qual os particulares regulam seus interesses de acordo com sua vontade, mesmo existindo limitações ao seu exercício, determinados por dados concretos da vida social, expressos na lei ou num ordenamento jurídico.

A maioria dos autores segue a visão objetiva, onde o princípio da autonomia da vontade se encontra limitado pelos Estados, subordinado às legislações internas que buscam a preservação dos seus interesses e soberania.

Engelberg³⁹ defende esta teoria. Citando Amílcar de Castro, a autora diz que a autonomia da vontade das partes nos contratos internacionais é explicada como a liberdade de pássaro na gaiola, isto é, “*pode mover-se em certos limites, mas em qualquer direção encontra barreira intransponível*”⁴⁰. Dentre as barreiras encontradas atualmente se encontram as regras imperativas e a ordem pública.

No entanto, existe a corrente subjetiva, baseada no pensamento de Immanuel Kant, onde a autonomia da vontade se guia por si mesma, fundamentando *suas escolhas pelas máximas que quer como lei universalmente válida, desde que moralmente aceita*. O direito resulta da própria vontade do homem.⁴¹

³⁷ RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito Internacional Privado: teoria e prática*. 2.edição, atualizada., São Paulo: Saraiva, 1998, p. 104.

³⁸ STRENGER, Irineu, *Autonomia da Vontade e...*, p.52.

³⁹ ENGELBERG, Esther. *Contratos Internacionais do Comércio*. 2.edição. São Paulo: Atlas, 1997, p. 23.

⁴⁰ CASTRO, Almir de, *Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro, 1996, Apud ENGELBERG, Esther. *Contratos ...*, p. 23..

⁴¹ KANT, Immanuel, “*Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*”, Edição Brasileira, Victor Civitá, São Paulo, 1785, p 213-239, Apud RENOFIO, Fernando Rafael Zilio, *Lex Mercatoria nos ...* p. 110 -111..

Especificamente falando sobre os contratos, *Strenger*⁴² assim difere as duas teorias: “*Para os subjetivistas puros, a vontade prima sobre a lei, ou seja, o ajuste de vontades é suficiente para dar nascimento ao contrato. A priori as partes não estão submetidas, pelo contrato, a nenhuma das leis estatais em presença. À medida que escolhem a lei aplicável, esta adquire força obrigatória, em razão da vontade das partes. A lei escolhida assume o caráter de disposição contratual. Para os objetivistas puros, a lei prima sobre o contrato, a vontade não desempenha nenhum papel na determinação da lei aplicável, que fica na dependência da localização objetiva do contrato. Assim, o elemento de conexão imperativo e único do contrato é a lei do lugar de sua constituição ou conclusão, como ocorre em diversos ordenamentos.*”

Assim, seguindo a corrente subjetiva, temos que a vontade das partes é plena, não estando subordinada a um ordenamento jurídico Estadual, o que permitiria a escolha de uma lei anacional ou um ordenamento jurídico autônomo como lei aplicável.

No direito brasileiro o princípio da autonomia da vontade, se encontra amparado no artigo 9º da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), de 1942:

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

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

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

No entanto, majoritário é o entendimento de que a autonomia da vontade é apenas aplicada aos contratos domésticos, limitados pela legislação interna, afastando este princípio do Direito Internacional Privado e dos contratos internacionais. Da leitura do

⁴² STRENGER, Irineu. Contratos Internacionais ..., p. 202.

caput do artigo supracitado, se reconhece o princípio da *lex loci celebrationis*, ou seja, da lei do local da constituição do contrato, não se podendo afirmar a existência da autonomia da vontade para a indicação da norma aplicável no Direito Internacional Privado⁴³.

Emiliano Humberto Della Costa⁴⁴ dispõe “*Essa postura do Brasil, como certeza, vem sendo levada em conta para a análise do “custo” Brasil nas negociações internacionais, em virtude da incerteza jurídica criada, tendo consequências nefastas ao progresso do comércio internacional [...] Sem dúvida, a incerteza jurídica atual, interfere no progresso das atividades de comércio internacional, prejudicando a evolução do direito internacional privado em nosso país, principalmente pela longevidade da nossa Lei de Introdução ao Código Civil, que mesmo com a atualização do Código Civil, ainda se manteve desatualizada, imprópria e desligada dos modernos avanços da ciência que estuda e soluciona os conflitos de leis*”.

Importante ressaltar que, apesar da limitação, no que tange aos contratos internacionais, duas cláusulas básicas se beneficiam da autonomia da vontade: a da eleição da arbitragem como meio de resolução de conflitos, prevista na Lei 9.307/96 e a eleição de foro, prevista no artigo 25 do Novo Código de Processo Civil. Todavia, no que diz respeito à escolha da Lei aplicável, a doutrina majoritária ainda entende que esta é vetada.⁴⁵

Ao contrário do que predomina em grande parte do mundo, o Brasil, e a América Latina em geral, não aceitam a autonomia da vontade nem mesmo como elemento de conexão.⁴⁶ Além do Brasil não ratificar a Convenção Interamericana sobre Direito

⁴³ ZIMMERMANN, Cirlena Luiza, *A autonomia da vontade e os contratos internacionais*, 2014, disponível em <<https://jus.com.br/artigos/26731/a-autonomia-da-vontade-e-os-contratos-internacionais/1>>, Acesso em 20 de abril de 2017.

⁴⁴ COSTA, Emiliano Humberto Della,. *O processo de execução dos contratos internacionais*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2005, pp. 28-29. Disponível em: http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2006-09-12T112959Z3950/Publico/Emiliano.pdf, Acesso em: 11 de Fevereiro de 2017.

⁴⁵ BATISTA, Fábio dos Anjos Souza, BATISTA Flávio de Almeida Souza, *O Princípio da Autonomia da Vontade Nos Contratos Internacionais de Comércio: A Viabilidade No Direito Brasileiro*, Legis Augustus, Vol. 1, N.1, Rio de Janeiro, 2016, p. 96.

⁴⁶ RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito Internacional...*, p. 101, 103 e 105

Aplicável aos Contratos⁴⁷, a qual prevê a autonomia da vontade como regra de conexão, ainda arquivou dois projetos de lei⁴⁸ que seguiam os moldes da Convenção.

Diante do processo de globalização, este entendimento se torna ultrapassado e não coincide com o praticado pela Europa e Estados Unidos, prejudicando a participação do país no comércio internacional.

No direito Português, o Código Civil assim dispõe em seu artigo 405º:

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.

Ao contrário do Brasil, Portugal tende a aceitar a lei estrangeira em seus contratos, mesmo aqueles realizados internamente. Além disto, o código português dá abertura à possibilidade das partes regularem diretamente seus direitos e obrigações e fixar livremente o seu conteúdo, fazendo valer sua vontade, desde que dentro de certos limites legais.

Apesar das escolhas estarem limitadas pelo forte interesse das partes e pelos elementos de conexão de Direito Privado, Portugal tem seguido a corrente que sustenta que a dilatação da autonomia da vontade pode potencializar os negócios jurídicos e o comércio internacional.

⁴⁷ Realizada no México, em 1994.

⁴⁸ Projeto de Lei 4.905/1994 e 269/04.

Além da Convenção Interamericana assinada no México, outras convenções abordaram o tema no âmbito internacional, tais como a Convenção de Roma sobre Lei Aplicável às Obrigações Contratuais, de 1980 e Convenção da Haia sobre a Lei Aplicável à Compra e Venda de Mercadoria.

Giuliano e Laragad⁴⁹, em seu relatório sobre Convenção sobre a lei aplicável às obrigações contratuais, analisam o artigo 3º da Convenção de Roma, e entendem que mesmo em um contrato objetivamente doméstico, as partes podem optar pelo uso de uma lei estrangeira quando esta for feita de boa-fé e capaz de satisfazer interesses dignos de proteção.

Vimos que o princípio da autonomia da vontade é absolutamente admissível por praticamente todos os ordenamentos jurídicos, quando se trata de direito interno. No entanto, quando se trata de Direito Internacional Privado, a autonomia da vontade tem suas limitações, podendo ser dividida em duas vertentes: pode influenciar os elementos de conexão ou constituir um elemento de conexão que servirá como ligação para a escolha do direito aplicável, sendo que neste caso deve-se fundamentar a autonomia da vontade numa norma de conflito, e esta lhe confere a natureza de um elemento de conexão.⁵⁰ Diante dessa situação do Direito Internacional, se discute a possibilidade de escolha da *Lex Mercatoria* pelas partes como lei aplicável perante as normas de conflitos.

2.2.1 Limitação da autonomia da vontade na elaboração de um contrato internacional

A autonomia da vontade tem encontrado limitações no que se refere às leis imperativas, à fraude à lei, à boa-fé e principalmente à chamada Ordem Pública. No que se referem às leis imperativas, estas são normas de aplicação obrigatória que devem ser seguidas para proteger a organização política, social ou econômica do país. O limite

⁴⁹GIULIANO, Mario; LAGARDE, Paul, *Relazione sulla convenzione relativa alla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, in TREVES, T, Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti, Padova, 1983, p. 380.

⁵⁰ SOUSA, Iñaki Paiva de, *O Direito Comercial Internacional, a Arbitragem e a Lex Mercatoria*, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2013, p.79.

relacionado à fraude à lei busca evitar a aplicação de uma norma por meio de uma atividade fraudulenta do interessado, para obter-se o resultado desejado e escapar das disposições do ordenamento vigente⁵¹. Já o princípio contratual da boa-fé prevê que as partes devem agir conforme o previsto, a fim de não ludibriar a outra parte. Este princípio pretende obrigar as partes a agirem com lealdade e ética, mantendo a relação de confiança necessária em um negócio.

Em relação à ordem pública, o código de Napoleão já dispunha sobre a impossibilidade de derrogar por convenções particulares as leis que interessam a ordem pública e aos bons costumes.⁵² Essa limitação é defendida por muitos autores, como Silvio Rodrigues⁵³, que analisando a participação do indivíduo na experiência jurídica, considera que a autonomia da vontade só encontra limite na noção de ordem pública.

Ordem pública, conceituada por Irineu Strenger, é “o conjunto de normas e princípios que, em um momento histórico determinado, refletem o esquema de valores essenciais, cuja tutela atende de maneira especial cada ordenamento jurídico concreto”⁵⁴. Ou seja, a ordem pública pode ser entendida como a moral, os valores de uma sociedade de uma determinada época.

Gama e Silva classifica a ordem pública como princípio e a define como “o conjunto de direitos, de caráter privado, cuja obediência o Estado impõe, para que haja harmonia entre o Estado e os indivíduos, e destes entre si, em salvaguarda de interesses

⁵¹ GOMES, Patrícia Maria da Silva, *Limites à aplicação do princípio da autonomia da vontade nos contratos internacionais do comércio*, disponível em < <http://dirittofacile.diritto.it/docs/32269-limites-aplica-o-do-princ-pio-da-autonomia-da-vontade-nos-contratos-internacionais-do-com-rcio?page=7> > , Acesso em 30 de maio de 2017.

⁵² *On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs*. Artigo 60 Do Código Civil Frances De 1804, disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006419285&cidTexte=LEGI TEXT000006070721&dateTexte=20170527&oldAction=rechCodeArticle&fastReqId=1233475062&nbResu ltRech=1>, Acesso em 27 de maio de 2017.

⁵³ RODRIGUES, Silvio, *Dos defeitos dos atos jurídicos – Do erro e do dolo*, São Paulo, 1959.

⁵⁴ STRENGER, Irineu. *Contratos Internacionais ...*, p. 125.

substanciais da sociedade".⁵⁵ A ordem pública teria caráter harmonizante das relações jurídicas.

A ordem pública quando aplicada ao direito interno leva em consideração apenas as questões jurídicas, já no âmbito do direito internacional Privado, leva em ponderação a base social, política e jurídica.⁵⁶ Sobre esta divisão, Strenger comenta: “A *ordem pública sempre desempenha importante papel, devendo-se, porém, distinguir a interna da externa, ou internacional. A primeira noção refere-se aos princípios de base, ou, como muitos chamam, ao Código moral e ético estabelecido e respeitado num sistema jurídico particular. A segunda noção refere-se a normas legais imperativas, que não podem ser evitadas nem excluídas pelo acordo das partes. No que concerne à ordem pública interna, devem-se levar em consideração somente a ordem pública do foro e a do lugar no qual o julgamento deve ser objeto de eventual execução. Menos força terão sempre a ordem pública do lugar da conclusão do contrato e a do lugar da arbitragem.*”⁵⁷

Na esfera do direito interacional, a ordem pública traz limitações especialmente à aplicação do direito estrangeiro, enfraquecendo a autonomia da vontade das partes e sua liberdade de escolha da lei aplicável ao contrato.

Sobre o problema do afastamento da lei estrangeira por motivo de ordem pública, Calandrelli⁵⁸ enfatiza os seguintes pontos: *i)* que a noção de ordem pública é universal, uma e mesmo, no tempo e no espaço; *ii)* surge espontaneamente, da convivência do homem e do ser-nação; *iii)* resulta do equilíbrio harmônico entre as relações que constituem a vida individual e a vida nacional; *iv)* este equilíbrio se mantém graças ao mecanismo institucional e legal consagrado pelo órgão do Estado, em sua função de soberania política e humana; *v)* este mecanismo determina aquele equilíbrio, limitando ou estendendo a liberdade e a vontade do entre o individual e do ente coletivo; *vi)* não há mais

⁵⁵ GAMA E SILVA, Da ordem Pública em Direito Internacional Privado, São Paulo, 1944, Apud STRENGER, Irineu. Contratos Internacionais...p.174.

⁵⁶ ZIMMERMANN, Cirlena Luiza, *A autonomia da vontade ...*;

⁵⁷ STRENGER, Irineu. Contratos Internacionais ..., p. 114.

⁵⁸ CALANDRELLI, Alcides, *Cuestiones del derecho internacional Privado*, 3 vols., Madri, 1913 apud STRENGER, Irineu, *Autonomia da Vontade ...* p.173-174.

que uma ordem pública cujo conceito é invariável – só variam de país a país os dispositivos institucionais e legais que consagram princípios básicos, cuja satisfação aquela exige.

No que tange sobre a variação da ordem pública de um estado em relação a outro, os árbitros podem dar preferência aos dispositivos legais que amparam a ordem pública de um determinado Estado em detrimento ao outro, sendo que o tribunal arbitral deve fazer o possível para que sua decisão respeite a ordem pública do país onde ela será executada.⁵⁹

Em sua tese de doutorado, Schulz⁶⁰ defende que a *ordem pública internacional abrange também a ordem pública própria do comércio internacional, ou seja, compreende a ordem pública transnacional, que está sujeita à nova Lex Mercatoria*, e que esta ordem pública seria formada pelos princípios gerais do direito, previstos no artigo 38º do Estatuto da Corte Internacional de Justiça- CIJ.

2.2.2 A autonomia da vontade e a *Lex Mercatoria*

Para avaliarmos se a *Lex Mercatoria* pode ser aceita como lei aplicável, temos que analisá-la de diversos pontos de vista. Se levarmos em consideração que as normas de conflito servem para delimitar a competência legislativa estadual, a *Lex Mercatoria* jamais poderá ser aplicada, mesma consequência se considerarmos que o Direito Internacional Privado tem a função de coordenar as diferentes ordens jurídicas, já que a *Lex Mercatoria* não deriva de um Estado solo.⁶¹

⁵⁹ LALIVE, Pierre, *Ordre Public Transnational (ou Réellement International) Et Arbitrage International*, trad. port. de CASELLA, Paulo Borba, *Ordem pública transnacional e arbitragem internacional – conteúdo e realidade da ordem pública transnacional na pratica arbitral*, in Revista do Direito do Comércio e das Relações Internacionais, v. 1, n. 1, 1989, pp. 52-53.

⁶⁰ SCHULZ, Alexandre Buono, *Os contratos comerciais internacionais na sociedade pós-industrial: reflexões sobre a nova lex mercatoria*, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p.128.

⁶¹ SOUSA, Iñaki Paiva de, *O Direito Comercial Internacional, a Arbitragem e a Lex Mercatoria*, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2013, p.85.

No entanto, seguindo o pensamento de Berthold Goldman⁶², como será analisado no próximo capítulo, a *Lex Mercatoria* pode ser considerada um sistema jurídico autônomo, e assim esta pode ser objeto de escolha pelas partes com lei aplicável aos contratos.

Esse ordenamento nasce espontaneamente dos usos e costumes praticados pelos operadores do comércio internacional, que buscam suprir as lacunas dos sistemas jurídicos nacionais e do próprio direito internacional. Schmitthoff⁶³ defende a admissibilidade da *Lex Mercatoria*, baseada na autonomia da vontade interna, e argumenta ainda que os Estados dão plena autonomia às partes ao demonstrar desinteresse por regular o comércio internacional.

O sistema de Direito Internacional Privado nos permite estabelecer uma cláusula de escolha do direito a aplicar, no que diz respeito aos contratos. No entanto, devemos levar em consideração as duas correntes sobre a autonomia da vontade: se visto pela perspectiva da doutrina objetiva, a autonomia da vontade é limitada pela lei, sendo a liberdade de escolha moderada. Seguindo a corrente subjetiva, temos que o direito nasce espontaneamente da vontade dos operadores do comércio internacional, e por os negócios serem transnacionais, exigem um afastamento da sociedade política, já que este não é seu fundamento.⁶⁴ Seguindo esta última corrente, diante da maior autonomia das partes, a *Lex Mercatoria* poderia ser escolhida como lei aplicável aos contratos, caso seja de vontade das partes.

A pressão do comércio internacional tem feito com que Estados se direcionem no sentido de aceitar a cláusula de eleição da lei aplicável nos contratos internacionais e

⁶² GOLDMAN, Berthold, *Le droit des Sociétés internatinales*, in *Journal du Droit International*, 1963, p. 320.

⁶³ SCHMITTHOFF, C, "*Nature and Evolution of the Transnational Law of Commercial Transactions*", in *The Transnational Law of International Commercial Transactions*, vol. II. 22-23, Apud SOUSA, Iñaki Paiva de, *O Direito ...*, p.85.

⁶⁴ RENOFIO, Fernando Rafael Zilio, *Lex Mercatoria ...*p. 114.

mesmo que o princípio da autonomia da vontade nos contratos internacionais encontre ainda obstáculo na ordem pública, já existe uma atenuação desse impedimento⁶⁵.

2.3 Lei Aplicável aos Contratos Internacionais do Comércio

A princípio os contratos internacionais não restam subordinados a um único ordenamento jurídico, não se submetem de forma espontânea às normas de um único Estado.

Em relação ao tema, Costa Toigo⁶⁶ prevê duas situações: quando o contrato for omissivo quanto ao direito aplicável e quando as partes já fizeram a escolha da lei aplicável no contrato apoiadas no princípio da autonomia da vontade.

Em relação ao primeiro grupo, os contratos que não preveem a lei aplicável estarão sujeitos às regras de conexão positivadas do direito internacional, ou local, conforme regras dos países onde o litígio será discutido judicialmente ou na esfera arbitral.⁶⁷

Em relação aos contratos que optam pela lei que será aplicada aos contratos, apesar de se apoiarem na liberdade contratual, esta ainda pode conter algumas limitações, como por exemplo, a utilização das normas do comércio internacional.

⁶⁵ STRENGER, Irineu. *Contratos Internacionais* ... p. 203.

⁶⁶ TOIGO, Daiille Costa. *Os princípios do UNIDROIT aplicáveis aos contratos internacionais do comércio*. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2678, 31 out. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17715>>. Acesso em: 10 maio 2017.

⁶⁷ STRENGER, Irineu, *Contratos internacionais do comércio*. 2 edição, São Paulo, 2003, p. 126.

Strenger⁶⁸ é um dos defensores de que a *Lex Mercatoria* pode ser escolhida como lei aplicável aos contratos internacionais, desde que essa opção não esteja em oposição à ordem pública e disposições imperativas. Acrescentamos aqui as situações de fraude à lei.

Apesar da maior aceitação dos usos e costumes do comércio internacional, sua escolha como lei aplicável ainda é frágil, tendo em vista que alguns ordenamentos jurídicos limitam o alcance do princípio da autonomia da vontade, como já exposto.

Existem ainda contratos que não designam a lei aplicável, mas que deixam sinais sobre sua opção e que podem ser interpretadas por juízes e árbitros como uma escolha tácita. Para chegarem a uma conclusão, de acordo com Strenger⁶⁹, os julgadores observam os seguintes comportamentos: as partes utilizam língua que só pode ser compreendida aplicada sobre um sistema jurídico específico; existe cláusula exprimindo a opção de escolha de um tribunal determinado, o que motivaria na escolha da lei e por fim, se não existir nenhuma indicação, nem indícios, triunfaria as normas de Direito Internacional Privado.

Questionando a possibilidade de um contrato ser totalmente autossuficiente, Bortolotti⁷⁰ acredita que esta seria uma ilusão⁷¹ e que as partes devem usar a autonomia da vontade para determinar contratualmente um sistema de normas a serem aplicadas. O autor defende que neste caso podem existir dois tipos de aproximação com as normas contratuais: o tradicional, consistente numa lei nacional aplicável, operando dentro das normas de direito internacional privado, ou então, aplicando a *Lex Mercatoria*, tentando superar as normas de conflito.

⁶⁸ Ibidem.

⁶⁹ Ibidem, p. 128.

⁷⁰ BORTOLOTTI, Fabio, *Diritto dei Contratti Internazionali: Manuale di diritto commerciale internazionale*, CEDAM, Milano, 1997, p. 159-160.

⁷¹ Apesar de acreditar não ser possível que um contrato seja totalmente suficiente, o autor aduz que as partes devem tentar fazê-lo, dispondo sobre o máximo de situações possíveis.

Tentando superar as normas de conflitos diante da diversidade de normas estatais, algumas entidades privadas decidiram criar modelos universais de normas de direito internacional privado, aplicáveis aos contratos internacionais.

Após a Convenção de Haia sobre Acordos de Eleição de Foro⁷², a Conferência de Haia de Direito Internacional Privado passou a estudar a viabilidade de um instrumento relativo à escolha da lei aplicável aos contratos internacionais⁷³.

Em 2015, conclui-se o procedimento escrito e os Princípios da Escolha de Lei aplicável aos Contratos Internacionais foram aprovados pelos Membros da Conferência. O nome de princípios foi escolhido para diferenciar do direito positivo, por se tratar de regras não vinculantes.

Baseado na estrutura dos princípios UNIDROIT (Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado), a convenção de Haia também tem como objetivo regular de maneira uniforme o comércio internacional, auxiliando seus operadores, os que atuam no contexto arbitral e também podem ser usados como *guia legislativo para os Estados que não possuam regras modernas de direito internacional privado sobre contratos*⁷⁴. Sobre a escolha da lei aplicável, a convenção⁷⁵ prevê:

“The parties’ choice of law must be distinguished from the terms of the parties’ primary contractual arrangement (“main contract”). The main contract could be, for example, a sales contract, services contract or loan contract. Parties may either choose the applicable law in their main contract or by making a separate

⁷² Realizada em 2005.

⁷³ ARAUJO, Nadia de, JUNIOR, Lauro Gama, *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*, Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 34/2012, p. 11.

⁷⁴ ARAUJO, Nádia de, JUNIOR, Lauro Gama, *A Escolha Da Lei Aplicável ...*, p. 11,.

⁷⁵ Versão que não inclui um Comentário aos referidos Princípios está disponível em <http://www.hcch.net/upload/temp/principles_e.pdf>

agreement on choice of law (hereinafter each referred to as a “choice of law agreement”)”.

“Choice of law agreements should also be distinguished from “jurisdiction clauses” (or agreements), “forum selection clauses” (or agreements) or “choice of court clauses” (or agreements), all of which are synonyms for the parties’ agreement on the forum (usually a court) that will decide their dispute. Choice of law agreements should also be distinguished from “arbitration clauses” (or agreements), that denote the parties’ agreement to submit their dispute to an arbitral tribunal. While these clauses or agreements (collectively referred to as “dispute resolution agreements”) are often vili combined in practice with choice of law agreements, they serve different purposes. The Principles deal only with choice of law agreements and not with dispute resolution agreements or other matters commonly considered to be procedural issues”.

Do disposto acima temos que a escolha da lei aplicável deve ser feita de maneira distinta das condições do contrato principal, e pode ser feito no próprio contrato ou então num acordo sobre a lei aplicável. Além disso, deve-se distinguir das cláusulas de jurisdição e de arbitragem, já que os princípios acordam sobre a escolha da lei aplicável e não sobre acordos de resolução de litígios ou outras questões procedimentais.

Mesmo que as os princípios de Haia não sejam vinculantes, estes possibilitam uma uniformização internacional das regras de conflitos de lei, no âmbito contratual, satisfazendo a necessidade dos profissionais do direito e dos operadores do comércio internacional, que não possuem conhecimento sobre as leis aplicáveis em outros países diferentes do seu.

3. A LEX MERCATORIA

A *Lex Mercatoria* já exibia seus traços no comércio marítimo egípcio e na implantação do *jus gentium*⁷⁶ romano. No entanto, foi a partir do medievalismo que um direito dos mercadores passa a ser possivelmente concebido.

Douglas Alexandre Cordeiro⁷⁷ resume a evolução do medievalismo e a concepção de um direito dos Mercadante: “A partir do século XI o comércio internacional é revitalizado na Europa, diante de fatores como as Cruzadas, a conquista da Sicília, Sardenha e Córsega, a criação da Liga Hanseática, dentre outros. A sociedade medieval estava isolada após o declínio do Império Romano, as leis, usos e costumes variavam de cidade para cidade e algumas delas, em especial aquelas derivadas do direito canônico, eram empecilhos ao desenvolvimento do comércio”.

O comércio, entretanto, ao invés de cessar ou regredir evoluiu e transpôs as fronteiras então existentes, encontrando outras fontes normativas para embasar as relações comerciais além das fronteiras nacionais. As Regras de Oléron, por exemplo, desde 1150 já eram aceitas e utilizadas por um vasto número de comerciantes marítimos e utilizada por um grande número de portos Marítimos no Mar do Norte e no Oceano Atlântico.

As Leis de Wisby, possivelmente derivadas das Regras de Oléron, que em 1350 regulavam o comércio no mar báltico e as disposições do Consulado do Mar, editadas pela Corte Consular de Barcelona no século XIV para consolidar os costumes do comércio marítimo, são também consideradas manifestações de um direito medieval dos comerciantes.

⁷⁶ O *Ius gentium* ou *jus gentium* ("direito das gentes" ou "direito dos povos", em latim) compunha-se das normas de direito romano que eram aplicáveis aos estrangeiros. Os antigos romanos permitiam que os estrangeiros invocassem determinadas regras do direito romano de modo a facilitar as relações comerciais com outros povos. Desenvolveu-se sob a influência do pretor peregrino, em contraposição ao *ius civile*, isto é, o conjunto de instituições jurídicas aplicáveis aos cidadãos romanos. Modernamente, a expressão costuma ser utilizada como sinônimo de "direito internacional".

⁷⁷ CORDEIRO, Douglas Alexander. Revista Brasileira de Direito Internacional, Curitiba, v.7, n.7, jan./jun.2008, pp. 95 a 98.

Aos poucos, o rigor e a burocracia das regras do direito romano foram substituídos pelos usos e costumes dos comerciantes que, ante a falta de um poder político central, uniram-se em grupos de acordo com as atividades exercidas por seus membros.

Tais grupos, denominados corporações de mercadores, possuíam patrimônio próprio constituído através de doações de seus associados. Tinham o objetivo inicial de proteger e dar assistência aos seus membros e, aos poucos, acabaram assimilando também função jurisdicional para resolver os conflitos havidos entre mercadores. A magistratura mercantilista assumia, então, (i) funções políticas (ao defender a honra e dignidade das corporações às quais pertenciam, colaborar com a manutenção da paz, etc.), (ii) funções executivas (observar o cumprimento das disposições estatutárias, leis e usos mercantis) e (iii) funções judiciais (solucionando os conflitos mercantis).

Surge, então, um conjunto de normas direcionadas a um grupo específico de profissionais, lastreado nos usos e costumes de uma classe carente de um direito estatal específico. Tal conjunto não surge de uma atividade legislativa nem da criação de jurisconsultos, como na Roma Antiga, mas sim dos próprios comerciantes em uma tentativa de superar as obsoletas e frágeis normas feudais e romanas, que não mais correspondiam aos seus interesses e ao novo modelo de comércio nacional e internacional então existente”.

Desta breve evolução histórica, destaca-se que o direito dos mercadores era classista, aplicável apenas aos comerciantes, tendo como fontes principais os costumes mercantis, originados nas práticas contratuais dos comerciantes, os estatutos das corporações e a jurisprudência dos tribunais das Corporações.⁷⁸ Constituindo assim, um direito de aplicação autônoma, independente da jurisdição estatal, com o intuito de expandir o comércio internacional, mas ao mesmo tempo obter maior garantia jurídica.

⁷⁸ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso de Direito Comercial*, Vol. 1, 8ª edição, Edições Almedina, Coimbra, 2011, p.2.

Esta liberdade sofre um retrocesso a partir do fim do Século XVI, com surgimento dos Estados Nacionais, criando uma ligação entre direito e comércio, garantindo sucesso financeiro aos monarcas e à burguesia⁷⁹. Francesco Galgano elucida que o direito comercial se torna, na classificação dos monarcas absolutistas, um direito público, já que se relaciona com qualidades artificiais da pessoa, no caso, ser a possibilidade ser comerciante, um privilégio concedido pelas leis do Estado.⁸⁰,

A Revolução Francesa, em 1789, representou o triunfo e a ascensão do poder da burguesia e culminou o direito mercantil existente. O Estado percebeu ali uma promissora fonte de renda, decidindo pela criação de um ordenamento para que regulassem a atividade comercial⁸¹.

O direito positivo incorporou o direito dos mercadores, no entanto dissipou a *Lex Mercatoria*, tendo em vista a impossibilidade do uso e dos costumes que satisfaziam o comércio internacional.

Ocorre que, com o passar dos anos e com o avanço do comércio internacional, iniciou-se uma especulação sobre a possibilidade de existência de um direito mercadante.

No fim dos anos 20, Edouard Lambert⁸² já percebia que o comércio internacional não era apenas governado por leis nacionais, mas que círculos de interesse comercial já realizavam suas próprias regras, através de combinação de condições gerais, usos do comércio e da arbitragem.

⁷⁹ SOARES, Julian Cuadal, *A revolução da Lex Mercatoria: origem, identidade e extensão*, Coimbra, 2006, p. 15 ss.

⁸⁰ GALGANO, Francesco, *Lex Mercatoria*, Il Molino, 5a edição, Milano, 2010, p.80.

⁸¹ Code Commerce francês, elaborado em 1808 pelos juristas de Napoleão Bonaparte, é o principal corpo normativo da época. De acordo com a nova legislação, é considerado comerciante aquele que desenvolve atividade taxativamente descrita na lei, criando critérios objetivo necessários para a identificação atividade comercial. FERREIRA, Rodrigo, *As fases do Direito Empresarial: Noções históricas da evolução do comércio e a sua influência para a formação do direito privado pátrio*. Disponível em: <<https://rfersantos.jusbrasil.com.br/artigos/193007827/as-fases-do-direito-empresarial>> Acessado em 20 de Fevereiro de 2017.

⁸² LAMBERT, Edouard, 1928, Apud LY, Filip De, *International Business Law and Lex Mercatoia*, T.M.C. Asser Instituut – The Hague, Amsterdã, 1992. p. 208.

Em 1954, Clive Schmittoff desenvolveu sua teoria sobre *The New Law Merchant*⁸³, enfatizando o caráter específico do direito comercial internacional, onde convenções internacionais, leis uniformes e usos e costumes tem um lugar importante. O autor ainda se referiu ao direito comercial internacional como um sistema legal autônomo, no sentido de que ele possui características próprias e não que não que ele existe fora de um sistema legal nacional. Nesse sentido o autor expõe: “*We have to face the fact that the new Law Merchant which is emerging before our eyes is an entirely new phenomenon. When trying to understand it we must forget the Victorian predilection of orderliness but take it as what it was in the Middle Ages and what it will be again: unsystematic, complex and multiform, but of bewildering vigour, realism and originality.*”⁸⁴

As três etapas da Revolução Industrial transformaram o processo de produção e homologaram o sistema capitalista. Ante o desenvolvimento econômico e tecnológico, massificação e produção em série, tornou-se necessário o aprimoramento das técnicas negociais inseridas em novos institutos jurídico-mercantis, especialmente diante da globalização da economia.⁸⁵

Nas palavras de Jacob Gorender⁸⁶, “*a globalização representa a continuação da expansão mundializante originariamente inerente ao capitalismo. Continuação que é, contudo, acentuação e aceleração, com manifestações na economia, na política, nas atividades culturais e nos comportamentos sociais*”. A globalização é portanto um fenômeno do sistema capitalista, no qual ocorre uma interligação de vários fatores, em escala global, ocasionando a expansão do mercado consumidor e o consequente desenvolvimento acelerado do comércio internacional.

⁸³ SCHMITTOFF, C., *International Business Law: a new Law Merchant, current Law and Social problems*, University Western Ontario, 1961, p. 149.

⁸⁴ SCHMITTOFF, C., *The unification of the law of international trade*, J.BUS.L., 1968, p. 12.

⁸⁵ FERRAZ, Daniel Amin, *Joint ...* p. 72.

⁸⁶ GORENDER, Jacob, *Estratégias dos Estados nacionais diante do processo de globalização*, vol. 9 n°25, São Paulo, 1995, disponível em <<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40141995000300007>> , Acesso em 24 de fevereiro de 2017.

É diante desta nova fase de internacionalização do comércio, onde as leis estatais não suprem as necessidades do mercado, que Berthold Goldman traz, em seu famoso artigo⁸⁷, a nova concepção de *Lex Mercatoria*.

No entendimento originário do autor, a *Lex Mercatoria* seria um direito autônomo, formado pela a autonomia da vontade e pela repetida aplicação nas operações comerciais e na arbitragem internacional.⁸⁸ Posteriormente, a definiu como um corpo autônomo, um conjunto de regras e princípios que sustenta o funcionamento legal específico dos operadores do comércio internacional, tendo por base “os princípios gerais do direito, os provimentos contratuais, como cláusulas especiais e novos tipos convencionais e as decisões arbitrais que contribuíram para a elaboração de princípios do comércio internacional”⁸⁹.

Esclarecendo o pensamento do célebre jurista, a repetição de novas cláusulas contratuais, montagens jurídicas e novos tipos contratuais pelos operadores do direito, acabam por tornarem-se regras costumeiras, e conseqüentemente se tornam parte do conjunto de regras que estruturam a *Lex Mercatoria*⁹⁰. Os princípios gerais do direito não são apenas parte da *Lex Mercatoria*, mas se incorporam a ela, já que a *Lex Mercatoria* seria compulsoriamente um sistema fechado e independente.⁹¹

No mesmo período, Philippe Kahn, acentuou a dimensão sociológica do direito comercial internacional, em qual a comunidade comercial internacional criou as suas próprias regras. Analisando essa comunidade, esta se verificou organizada e

⁸⁷ GOLDMAN, Berthold. *Frontières du Droit et Lex Mercatoria*, in : *Archives de Philosophie du Droit*, v. 9, n. 9, 1964, p. 177-192

⁸⁸ GOLDMAN, Berthold, *Le droit des Sociétés internatinales*, in *Journal du Droit International*, 1963, p. 320.

⁸⁹ STRENGER, Irineu, *Direito do Comércio Internacional e Lex Mercatoria*, LTR, São Paulo, 1996. P. 72

⁹⁰ GOLDMAN, Berthold. *Frontières du Droit ...*, p. 178.

⁹¹ GOLDMAN, Berthold, *La Lex Mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives*, Clunet, 1979, p. 487

suficientemente homogênea e solidária ao ponto de poder criar novas regras e serem respeitadas como regras legais.⁹²

Apresentado o conceito original da nova *Lex Mercatoria*, cabe a exposição de outras tentativas de definição desse direito, apesar de um conceito único ser impraticável.

Influenciado pelas ideias de Goldman, Francesco Galgano⁹³ refere-se à nova *Lex Mercatoria* como um direito criado por uma classe empresarial, sem o poder legislativo do Estado, e formado por regras destinadas a disciplinar de modo uniforme, para além da política estatal, as relações comerciais que se estabelecem dentro da unidade econômica do mercado. A constituição da *Lex Mercatoria* teria como objetivo superar a descontinuidade jurídica causada pela divisão política diante a pluralidade de Estados.⁹⁴ Aqui podemos visualizar uma pequena diferença ao pensamento de Goldman, o qual entendia que as leis e jurisprudências internas de um Estado poderiam ser consideradas elementos da *Lex Mercatoria*, no que se refere exclusivamente ao comércio internacional, determinados por suas necessidades específicas, já que a jurisprudência interna utiliza expressamente, em algumas ocasiões, o uso dos costumes do comércio internacional⁹⁵.

Bermann Kauffman⁹⁶ define a *Lex Mercatoria* como um corpo de regras internacionais, baseadas no entendimento comercial e práticas contratuais praticadas numa comunidade comerciante internacional.

Goldstajn⁹⁷ a entende como um conjunto de regras que regem as relações comerciais de um direito privado natural, e que envolvem diferentes países, aduzindo ainda

⁹² KAHN, Philippe, 1961 Apud LY, Filip De, *International Business Law and Lex Mercatoria*, T.M.C. Asser Instituut – The Hague, Amsterdã, 1992. p. 215-216.

⁹³ GALGANO, Francesco, *Lex Mercatoria*, Il Molino, 5a edição, Milano, 2010, p.248..

⁹⁴ Ibidem.

⁹⁵ GOLDMAN, Berthold, *La Lex Mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives*, Clunet, 1979,p. 479.

⁹⁶ KAUFFMAN, Bermann, *The Law of International Commercial Transactions*, 1978, p.221-224.

⁹⁷ GOLDSTAJN, Aleksander, *The New Law Merchant*, in *Journal of Business Law*, 1961, p. 12

que serem beneficiários de transações diferentes, em um país ou em outro, não é obstáculo para o desenvolvimento do comércio internacional.

Na concepção de Irineu Strenger⁹⁸, após analisar diversas posições, a *Lex Mercatoria* é “um conjunto de procedimentos que possibilita adequadas soluções para as expectativas do comércio internacional, sem conexões necessárias com os sistemas nacionais e de forma jurídica eficaz”. Esse entendimento se aproxima mais de um “conjunto de regras emanados do entidades privadas”⁹⁹ do que da aclamação de um sistema pronto e acabado.

Goode¹⁰⁰ coloca a *Lex Mercatoria* como parte do chamado Direito Comercial Transnacional, de natureza apenas consuetudinária, se afastando das normas positivas, “neutralizadas de influências estritamente nacionais ou religiosas”.

Mais recentemente, Lima Pinheiro¹⁰¹, renomado professor português, definiu a *Lex Mercatoria* como “regras e princípios aplicáveis às relações do comércio internacional que se formam independentemente da ação dos órgãos estaduais”.

A jurista brasileira Maristela Basso¹⁰² reconhece a existência de um novo sistema normativo formado pelo comércio internacional, que além de se autorregulamentar, pode sancionar condutas inadequadas, sem interferência dos Estados. Esta possibilidade de coação, aplicada à arbitragem, via em que a *Lex Mercatoria* se difunde, pode ser usada como garantia de cumprimento das decisões, dando maior credibilidade a este direito.

⁹⁸ STRENGER, Irineu, *Direito do Comércio Internacional e Lex Mercatoria*, ...p. 78

⁹⁹ Ibidem. p. 175

¹⁰⁰ GOODE, Roy. *Usage and its reception in transnational commercial Law*. In: *International and Comparative Law Quarterly*, v. 46, jan. 1997, p. 2

¹⁰¹ PINHEIRO, Luís de Lima, *Arbitragem Transnacional: A determinação do Estatuto da Arbitragem*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 378

¹⁰² BASSO, Maristela, *curso de direito internacional privado*, Editora Atlas, São Paulo, 2016, p.91-92.

Lord Mustill¹⁰³, em seu estudo sobre os 25 anos da nova *Lex Mercatoria*, cita 20 daquelas que seriam regras da *Lex Mercatoria* na época:

1 - Um princípio geral de que os contratos deveriam *prima facie* ser aplicados de acordo com seus termos: *pacta sunt servanda*⁸³ A ênfase dada a esta máxima na literatura sugere que ela é considerada, não tanto como uma das regras da *Lex Mercatoria*, mas como o princípio fundamental de todo o sistema.

2- O primeiro princípio geral é qualificado pelo menos no que diz respeito a certos contratos de longo prazo, por uma exceção semelhante a *rebus sic stantibus*. A interação do princípio e da exceção ainda não foi totalmente elaborada.

3- O primeiro princípio geral também pode estar sujeito ao conceito de "*abus de droit*" (cláusula geral antiabuso) e a uma regra segundo a qual os contratos e cláusulas desleais e desconsideráveis não devem ser aplicados.

4. Pode haver uma doutrina de culpa em contrahendo.

5. Um contrato deve ser executado de boa fé.

6. Um contrato obtido por subornos ou outros meios desonestos é nulo, ou pelo menos inexecutável. Assim também se o contrato criar uma transação fictícia destinada a alcançar um objeto ilegal.

7. Não se pode permitir que uma entidade estatal evite o cumprimento de suas obrigações negando sua própria capacidade de fazer um acordo vinculativo para arbitrar ou afirmando que o acordo é ineficaz por falta de formalidades processuais a que a entidade está sujeita.

¹⁰³ MUSTILL, Michael, *The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years*, Arb.Int'l 1988, p. 110 e ss.

8. A participação de controle de um grupo de empresas é considerada contratual em nome de todos os membros do grupo, pelo menos no que se refere a um acordo de arbitragem.
9. Se dificuldades imprevistas intervêm na execução de um contrato, as partes devem negociar de boa fé para superá-las, mesmo que o contrato não contenha cláusula de revisão.
10. Os acordos de cláusula de ouro são válidos e aplicáveis: uma cláusula ouro ou uma cláusula de revisão de "dificuldades" pode ser implícita.
11. Uma das partes tem o direito de considerar-se dispensada das suas obrigações se a outra tiver cometido uma violação, mas apenas se a violação for substancial.
12. Nenhuma parte pode ser autorizada por seu próprio ato a provocar o não cumprimento de uma condição precedente à sua própria obrigação.
13. Um tribunal não está vinculado à caracterização do contrato que lhe é atribuído pelas partes.
14. Os danos por incumprimento do contrato limitam-se às consequências previsíveis da violação.
15. Uma parte que tenha sofrido uma quebra de contrato deve tomar medidas razoáveis para mitigar sua perda.
16. Os danos por não entrega são calculados por referência ao preço de mercado das mercadorias e ao preço pelo qual o comprador comprou bens equivalentes em substituição.
17. Uma parte deve agir prontamente para fazer valer seus direitos, sob pena de perdê-los por renúncia. Isso pode ser um exemplo de uma regra mais geral, que

cada parte deve agir de forma diligente e prática para salvaguardar seus próprios interesses.

18- O devedor pode, em certas circunstâncias, deduzir suas próprias reivindicações cruzadas para extinguir ou diminuir sua responsabilidade perante o credor.

19. Os contratos devem ser interpretados de acordo com o princípio *ut res magis valeat quam pereat* (para que a coisa mais valha que pereça).

20. O facto de uma parte não responder a uma carta que lhe foi enviada pelo outro é considerado prova de concordância com os seus termos.

É difícil analisar a efetividade dessas regras tendo em vista que não temos acesso aos casos em que o jurista se baseou. Lowenfeld¹⁰⁴, ex-árbitro e professor da Universidade de Nova York, discorre sobre os princípios expostos, sustentando que, como árbitro, entende apenas que os princípios 1, 5,7,9,11,12,15,17,19 e 20 ilustram o impulso do direito comercial internacional . Entendemos ainda que estas regras não são permanentes, devido ao dinamismo do comércio internacional.

Diante da globalização e internacionalização das empresas, o elemento da *Lex Mercatoria* que domina a cena legal é o contrato internacionalmente uniforme feito pelos escritórios centrais de multinacionais, que reproduz modelos contratuais em todas as suas filiais localizadas em diferentes países. Estes contratos, e através deles, a *Lex Mercatoria* adquire eficiência, mesmo de natureza negocial, no limite permitido pela legislação nacional de cada Estado através da disciplina de contratos de adesão ou contratos celebrados mediante um módulo¹⁰⁵. Além desses modelos, há outros que são concebidos por iniciativa das organizações e associações de certas categorias e em

¹⁰⁴ LOWENFELD, *Andreas F.*, *Lex Mercatoria: An Arbitrator's View, Lex Mercatoria and Arbitration: a discussion of the new law merchant*, Juris Publishing, 1997, p. 89.

¹⁰⁵ GALGANO, *Francesco*, *Lex Mercatoria*, Il Molino, 5a edição, Milano, 2010, p. 232

seguida, difundidos entre todos os seus membros a fim de regular de modo uniformemente setores inteiros de comércio internacional.¹⁰⁶

Marrella acrescenta que as atividades de modelagem contratuais dessas instituições também podem se limitar ao desenvolvimento de cláusulas individuais sempre que a instituição é exponencial de um determinado grupo socioeconômico de operadores, com uma possível fonte adicional de produção *Lex Mercatoria*.¹⁰⁷ Como exemplo, temos a cláusula de força maior e a cláusula de *hardship*, formuladas pela CCI.

A formação da *Lex Mercatoria* é frequentemente atribuída à difusão internacional da prática contratual no mundo dos negócios, a qual acontece de modo espontâneo. A produção de contratos como o de *leasing* e *factoring*, por exemplo, criados por operadores econômicos de um determinado setor, aceitos e utilizados por operadores de outros países, dão vida a modelos contratuais uniformes.¹⁰⁸

A necessidade de uma redação de contratos internacionalmente uniformes é de extrema importância para o comércio internacional. Ante o dinamismo do mercado se torna praticamente impossível analisar todos os contratos considerados atípicos diante do direito interno, mas considerados típicos pelo ponto de vista do direito do comércio internacional.

A tipicidade ou atipicidade de um contrato não é estável. Não circula no mercado apenas mercadorias, mas também créditos, conhecimentos e tecnologia, o que faz com que novos tipos de contrato surjam e se tornem parte do cotidiano do comércio, mesmo que estes não possuam previsão expressa no direito interno, como é o caso do

¹⁰⁶ MARRELLA, Fabrizio, *La Nuova Lex Mercatoria – principi UNIDROIT ed usi de contratti del commercio internazionale*, CEDAM, Padova, 2003, p. 163.

¹⁰⁷ Ibidem.

¹⁰⁸ SBORDONE, Francesco, *Contratti Internazionali e Lex Mercatoria*, Edizione Scientifiche Italiane, Calabria, 2008, p.89.

contrato de *Franchising*, que não está previsto no ordenamento português, mas diante de sua ampla utilização é reconhecido por analogia como um contrato comercial.

3.1 *Lex Mercatoria* e a Segurança nas Relações do Comércio Internacional

A inexistência de lei específica sobre os contratos internacionais ameaça a evolução do comércio internacional. A uniformização das regras que regem o comércio internacional é necessária para superar a o conflito de normas e bem como o desconhecimento de eventual Lei aplicada. É necessária para garantir a segurança jurídica do negócio em si e das partes, independentes do seu Estado de origem.

A segurança jurídica dependeria da possibilidade de se conseguir submeter às relações e o comércio internacional a um regime único¹⁰⁹, sendo necessário encontrar uma forma de evitar que as relações fiquem sujeitas à influência das normas imperativas de cada Estado, o que impossibilita a realização dos negócios¹¹⁰

A *Lex Mercatoria*, como um sistema autônomo, anacional, poderia garantir a uniformidade dessas regras. Sendo um ordenamento proveniente da vontade espontânea dos operadores do comércio internacional, ela não preza por um ou outro ordenamento jurídico, mas sim, pelas práticas costumeiras utilizadas de maneira transnacional.

Apesar da *Lex Mercatória* ainda estar em desenvolvimento, sua existência e sua aplicação já é reconhecida no contexto arbitral, onde, fundamentado na autonomia da vontade as partes e na liberdade dos árbitros, pode-se optar pela lei aplicável aos contratos.

¹⁰⁹ TOIGO, Daiille Costa. *Os princípios do UNIDROIT aplicáveis aos contratos internacionais do comércio*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2678, 31 out. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17715>>. Acesso em: 31 de maio 2017

¹¹⁰ STRENGER, Irineu. *Direito internacional privado*. 6ª edição, LTr, São Paulo, 2005, p. 821.

Preocupando-se também com a segurança jurídica, a UNIDROIT tem trabalhado para garantir a unificação do direito, através de seus princípios e Lei Modelo, os quais tendem a ratificar as práticas contratuais utilizadas no âmbito do comércio internacional.

Além da UNIDROIT, outras convenções internacionais tem buscado a homogeneização do direito relativo aos contratos do comércio internacional, e é através delas e da arbitragem, que os operadores do comércio transnacional encontram na *Lex Mercatoria* o alicerce que carecem para atingir a segurança jurídica plena.¹¹¹

3.2 Críticas à Lex Mercatoria

Como um dos maiores críticos deste direito classista, Antonie Kassis define a *Lex Mercatoria* como um acidente de percurso na história da teoria do direito, um mito que tem enganado o pensamento jurídico¹¹².

Se engana quem pensa que as críticas à *Lex Mercatoria* foram sempre as mesmas. A discussão sobre sua existência e a possibilidade de uso de regras independentes de um sistema legal nacional, hoje foi substituído pela tentativa de definição de seu conteúdo e de métodos para torná-la mais sistemática. Nesse sentido Gallard expõe: “*it would be a mistake ... to consider that the debate has gone around in circles, always dwelling on the same issues. On the contrary, it has been strongly renewed. Initially, the controversy focused on the very existence of rules other than those found in a given legal system.....Among practitioners, this initial controversy was for a time so inflamed that the positions taken seemed to be driven more by act of faith than by rational argument. These positions were all the more futile when, at the same time, the players of international*

¹¹¹ Ibidem, p. 823-824

¹¹² KASSIS, Antonie, *Théorie générale des usages du commerce – droit comparé, contrats et arbitrage internationaux, lex mercatoria*, Libr. générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1984, p. 11

*commerce were already making full use of their options by selecting, where appropriate, transnational rules to govern their contracts”.*¹¹³

Para Shoutz, a maior discussão em torno da *Lex Mercatoria* não são aquelas que se referem ao seu conteúdo, mas aquelas que *dizem respeito à sua relação com as demais ordens jurídicas e compatibilização ou harmonização com outros interesses que não econômicos.*¹¹⁴

Discute-se se a *Lex Mercatoria* seria considerada um direito supranacional ou não. Seguiremos o entendimento de Rodrigues do Amaral entende que “*A Lex Mercatoria não compete com a lei do Estado, nem constitui direito supranacional que derroga o direito nacional, mas é um direito adotado, sobretudo, na arbitragem comercial internacional ou outra forma de resolução de controvérsias, ad latere do sistema estatal.*”¹¹⁵ Ou seja, a *Lex Mercatoria* caminha conjuntamente com o direito estatal.

De acordo com os críticos mais severos, o direito consuetudinário é inteiramente subordinado à uma legislação. Nenhum sistema legal vai desistir de sua prerrogativa de intervir para mudar certos aspectos da *Lex Mercatoria*. Por outro lado, sempre foi aceito pela comunidade mercantil que seus costumes estão sujeitos a mudanças nas mãos das autoridades legislativas das políticas, dentro das quais os comerciantes operam.¹¹⁶ Lord Justice Mustill, grande crítico da *Lex Mercatoria*, escreveu: “*The rules of the Lex*

¹¹³ GAILLARD, Emmanuel, *Transnational Law – A Legal System or a Method of Decision Making?*, in *Arbitration International*, v. 17, n. 1, 2001, p. 60

¹¹⁴ SCHULZ, Alexandre Buono, *Os contratos comerciais internacionais na sociedade pós-industrial: reflexões sobre a nova lex mercatoria*, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p.132.

¹¹⁵ AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do, *Direito do comércio internacional: aspectos fundamentais*. 2ª edição. São Paulo: Lex editora, 2006, p. 74

¹¹⁶ BERMAN, Harold J., DASSER, Felix J. *The “New” Law Merchant and the “Old”: sources, content and legitimacy. Lex Mercatoria and Arbitration: a discussion of the new law merchant*, Juris Publishing, 1997, p. 58.

Mercatoria have a normative value which is independent of any one national legal system. The Lex Mercatoria constitutes an autonomous legal order.”¹¹⁷

Em oposição a este pensamento, Lowenfeld¹¹⁸ defende que a *Lex Mercatoria* suplementa uma solução de uma questão particular, sem necessariamente governar todos os aspectos das transações. Ilustrando essa questão Lando¹¹⁹ conta um exemplo de um vendedor dinamarquês vendeu algumas mercadorias a um comprador alemão, no entanto elas só foram entregues após o prazo previsto. De acordo com a lei escandinava o comprador que quer deseja fazer uma reclamação quanto à entrega em atraso, deve fazer imediatamente na entrega da mercadoria, no entanto, na Alemanha, e aparentemente em outras nações, essa regra não se aplica. A decisão dos árbitros foi no sentido de que o comprador não deveria fazer uma reclamação no ato da entrega e que agiu dentro de um prazo razoável, conforme as regras gerais do comércio internacional.

No exemplo acima, a lei escandinava era aplicável a outros pontos do conflito, como para medida dos danos e efeito de renúncia de responsabilidade, no entanto, a questão da imediata reclamação não encaixava na prática do comércio internacional, e por isso foi substituída pela *Lex Mercatoria*.

No mesmo sentido, Berman e Dasser¹²⁰ defendem que a lei consuetudinária do mercado não é um sistema legal completo, mas que nunca teve a pretensão de ser: os próprios comerciantes contam com a ajuda de um sistema legal nacional em caso de controvérsia. Sabendo que apenas costumes e acordos contratuais não são suficientes para regular todas as questões das transações comerciais, os comerciantes veem na lei nacional uma maneira de clarificar e satisfazer suas respostas quando a *Lex Mercatoria* falha.

¹¹⁷ MUSTILL, M., *The New Lex Mercatoria: The first 25 years*, , 1986 p.151.

¹¹⁸ LOWENFELD, Andreas F., *Lex Mercatoria: An Arbitrator's View, Lex Mercatoria and Arbitration: a discussion of the new law merchant*, Juris Publishing, 1997, p. 84.

¹¹⁹ LANDO, O, *The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration*, 34 Int'l & Comp. L. Q., 1985, p.753.

¹²⁰ BERMAN, Harold J., DASSER, Felix J. *The “New” Law Merchant and the “Old”: sources, content and legitimacy*. *Lex Mercatoria and Arbitration: a discussion of the new law merchant*, Juris Publishing, 1997, p. 564-65.

Outro argumento contra a sua existência é o fato de que as regras aceitas pelos comerciantes de todos os países são muito vagas e incompletas para configurarem um sistema legal objetivo.

Sbordone¹²¹ aduz que a *Lex Mercatoria*, ao contrário da lei Estadual, é insuficientemente precisa em seu conteúdo, incompleta e não autossuficiente no que diz respeito à judiciabilidade dos poderes que reconhece, uma vez que requer a intervenção dos tribunais estatais para execução e também não é formalmente identificável pelos sujeitos aos quais seria destinada, já que não consta em um texto normativo adequadamente publicado.

Por outro lado, o autor ressalta que a *Lex Mercatoria* apresentaria conteúdo diferente dependendo de sua natureza e dos momentos postulados em que detecta fins de aplicação. Sem se própria identificar, pousaria em uma variedade de conteúdos ou valores, em conexão com a escolha das partes em um contrato internacional, perante um juiz ou árbitro, ou na falta de escolha, pelo modo que atribuem relevância a estes dois últimos sujeitos.¹²²

A ausência de conteúdo expressamente definido pode gerar uma imprevisibilidade de decisões, levantando a questão da ajuricidade de suas regras e da sua caracterização como ordenamento jurídico. De acordo com Schulz¹²³, a impossibilidade de caracterizar a *Lex Mercatoria* como sistema jurídico, ocorre especialmente pela lacunosidade de seu conteúdo, pela inexistência de uma autoridade central e de sanções próprias aos comportamentos inapropriados, como já elencava Goldman em seu célebre artigo.

Schulz elenca três razões que fundamentam a afirmação de que a o conteúdo da nova *Lex Mercatoria* não seria jurídico. Alega primeiramente que *o conteúdo é alguma coisa outra que não fonte do direito*. Posteriormente, alega que, mesmo que fosse fonte do

¹²¹ SBORDONE, Francesco, *Contratti Internazionali e Lex Mercatoria*, Edizione Scientifiche Italiane, Calabria, 2008, p.94.

¹²² Ibidem.

¹²³ SCHULZ, Alexandre Buono, *Os contratos comerciais ...* p.131

direito, nada mais seria do que fonte dos direitos nacionais e seu resultado nada mais seriam do que direito comparado: *o conteúdo da nova Lex Mercatoria não teria elementos que a diferenciem dos ordenamentos jurídicos estatais*. Por fim, aduz que a ajuridicidade teria por fundamento *a inexistência da própria fonte ou conteúdo*.¹²⁴

Entendemos que o conteúdo da *Lex Mercatoria*, baseado em usos e costumes, faz fonte do direito e que este se diferencia da fonte dos direitos nacionais, tendo em vista que este possui um caráter internacional, e nem todo seu conteúdo seria admissível por todos os ordenamentos jurídicos, devido à diversidade desses, ou que ao menos encontrariam diferentes barreiras como na ordem pública, que se difere de um Estado para outro.

A utilização dos costumes do comércio internacional como fonte de direito tende a ser menos aceita nos países que seguem o modelo da *civil law*, já que este sistema presa pelo positivismo e hierarquia das normas. No entanto, entendemos que utilizando princípios e normas desenvolvidos internacionalmente por organizações especializadas como CCI e UNITROIT, o direito consuetudinário torna-se passível de aceitação pela comunidade internacional.

O próprio artigo 9º da Convenção das Nações Unidas Sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias – CISG - dispõe sobre sua utilização:

Artigo 9

(1) As partes se vincularão pelos usos e costumes em que tiverem consentido e pelas práticas que tiverem estabelecido entre si.

(2) Salvo acordo em contrário, presume-se que as partes consideraram tacitamente aplicáveis ao contrato, ou à sua formação, todo e qualquer uso ou

¹²⁴ Ibidem, p.140.

costume geralmente reconhecido e regularmente observado no comércio internacional, em contratos de mesmo tipo no mesmo ramo de comércio, de que tinham ou deveriam ter conhecimento.

Verifica-se que em seu inciso 2, que a utilização dos usos e costumes do comércio internacional nos contratos internacionais é regra, devendo ser expressamente ressalvados entendimentos em contrário. Aqui se encontra a possibilidade de aplicação da *Lex Mercatoria* no que concerne aos contratos internacionais.

A questão da inviabilidade de aplicação da *Lex Mercatoria*, devido à falta de coação daqueles que não cumprem as sentenças arbitrais baseadas nesse direito, é uma das maiores críticas daqueles que não a apoiam. Goldman já debatia a necessidade de cerceamento dentro do direito do comércio, afirmando que este seria essencial para a implementação desse sistema jurídico classista. Para o autor, essa coação seria realizada primeiramente pela pressão moral exercida pelos comerciantes, através de coibição comercial, má publicidade, e por último, pelo Estado.¹²⁵

Dentre as sanções aplicadas pela própria classe dos comerciantes, Strenger¹²⁶ lista as sanções pecuniárias, morais e privativas como fornecimento de caução para garantir as custas da arbitragem ou a execução da sentença, a publicidade da inexecução da sentença, a suspensão de qualidade ou o direito de membro, a interdição de utilizar no futuro as facilidades arbitrais do grupamento e a interdição de acesso às bolsas ou mercados geridos ou controlados pela instituição arbitral.

No entanto, diante da inexistência ou insuficiência de coação por parte dos operadores do comércio internacional, torna-se necessária a vinculação com o direito estatal para a execução forçada das sentenças. Mesmo que a sentença arbitral seja baseada

¹²⁵ GOLDMAN, Berthold. *Frontières du Droit ...* p. 188-189.

¹²⁶ STRENGER, Irineu, *A Arbitragem como Modo de Inserção de Normas da Lex Mercatoria na Ordem Estatal*, Comitê Brasileiro de Arbitragem, – Nº 3 – Jul-Set/2004 – Doutrina Nacional, 2004, p. 9.

na *Lex Mercatoria*, ou seja, nas regras e costumes impostos pelo comércio internacional, o Estado não pode negar a execução dessa decisão.¹²⁷

Além disso, a *Lex Mercatoria* ainda é criticada pela inexistência da *societas mercatorum*¹²⁸, que Goldman define como um conjunto de operadores do comércio internacional ligados por laços de solidariedade¹²⁹.

Segundo Paul Lergard¹³⁰ comércio internacional se desenvolve de uma maneira tão dinâmica e diversificada que faz com que a comunidade de seus operadores não seja organizada o suficiente para a criação institucional de normas jurídicas.

Em oposição ao pensamento de Legard, Berthold Goldman¹³¹ alega que a *societas mercatorum* existe e que seria corroborado pela comum aplicação dos princípios, regras e usos comerciais que formam a *Lex Mercatoria*.

Defensor da *Lex Mercatoria*, Strenger¹³² aduz que existem diversas comunidades comerciais, tendo em vista os diversos setores do comércio, mas que essa pluralidade não afasta a possibilidade de aplicação da *Lex Mercatoria*, pois o mesmo fenômeno ocorre no direito estatal.

Kassis questiona a qualidade jurídica da *Lex Mercatoria*, defendendo a autoridade autêntica do Estado como fonte de legislação¹³³. Essa crítica é rebatida por Strenger que argumenta que muitas vezes o Estado tem afastado normas internas para aplicação de

¹²⁷ GOLDMAN, Berthold. *Frontières du Droit* ... p. 192.

¹²⁸ Ou na impossibilidade da individualização dos sujeitos que a compõem. SCHULZ, Alexandre Bueno, *Os contratos...*cit. p.131

¹²⁹ GOLDMAN, *Frontières...*Apud SCHULZ, Alexandre Bueno, *Os contratos comerciais*156.

¹³⁰ LAGARDE, Paul, *Approche critique de la lex mercatoria*, in *Le droit des relations économiques internationales*, études Offers a Berthold Goldman, Paris, 1982, 135.

¹³¹ GOLDMAN, Berthold, *Nouvelles Réflexions sur la Lex Mercatoria*, in *Festschrift Pierre Lalive*, Basel, Frankfurt, 1993, p. 249.

¹³² STRENGER, Irineu, *Direito do Comércio Internacional e Lex Mercatoria*,.... p. 126.

¹³³ KASSIS, Antonie, *Théorie générale des usages du commerce – droit comparé, contrats et arbitrage internationaux*, *lex mercatoria*, Apud STRENGER, Irineu, *Direito do Comércio Internacional e Lex Mercatoria*,.... p. 126

normas do comércio internacional, ratificadas através de outros instrumentos, como princípios e convenções, bem elaborados por outras instituições.¹³⁴

Considerando todo o exposto, verificamos que a *Lex Mercatoria* ainda não é plenamente aceita pelos juristas, no entanto está em absoluto progresso, quebrando a maioria das barreiras que a cerca, para quem sabe, se tornar um sistema jurídico completo.

3.3 Fontes da *Lex Mercatoria*

O termo fonte, que provém do latim *fons*, significa origem, nascente, o início, que produz alguma coisa. As fontes do direito podem ser definidas assim como o fundamento das regras jurídicas, as formas pelas quais o direito se manifesta.

Miguel Reale, célebre jurista brasileiro, assim a define: “*Por "fonte do direito" designamos os processos ou meios em virtude dos quais as regras jurídicas se positivam com legítima força obrigatória, isto é, com vigência e eficácia no contexto de uma estrutura normativa*”¹³⁵.

Transferindo o conceito para a *Lex Mercatoria*, temos que as fontes da lei do mercado são aquelas que possibilitam a sua existência e fortalecem sua estrutura. Diante da globalização, a *Lex Mercatoria* se desenvolveu, e não mais possui como fundamento apenas os usos e costumes do comércio jurídico transnacional.

A definição das fontes da *Lex Mercatória* ainda não atingiu um consenso entre os doutrinadores, apesar de praticamente todos aceitarem os princípios gerais do direito e as decisões arbitrais como tal.

¹³⁴ Ibidem ,p. 123-124.

¹³⁵ REALE, Miguel, *Lições preliminares de Direito*, 27ª edição. Editora Saraiva, São Paulo, 2002. p. 140.

Na Universidade de Djon, onde Goldman e Kahn trabalharam em suas teorias, Philippe Fouchard¹³⁶, discutindo sobre a relação entre a necessidade da comunidade do comércio internacional e a arbitragem comercial internacional, o jurista elucida que a *Lex Mercatoria* consiste em regras autorregulatórias de organizações profissionais, usos, costumes, condições gerais técnicas e cláusulas contratuais usuais, regras de arbitragem e jurisprudência arbitral. Fouchard ainda diferenciou os usos dos costumes, argumentando que estes possuem procedimentos diversos: as cortes nacionais não podem saber todos os usos e estes devem ser providenciados pelas partes, já os costumes seria uma regra do direito e além de serem de conhecimento geral, poderiam ser revisados pelas cortes supremas.

Para Maria Ferrarese¹³⁷ a *Lex Mercatoria* é alimentada pelos usos comerciais, decisões arbitrais e em grande parte pelos módulos contratuais atípicos ou contratos-tipos. Galgano¹³⁸ defende que as fontes seriam a difusão internacional das práticas contratuais comerciais, os usos comerciais a jurisprudência arbitral.

Citando Philippe Kahn, Esther Engelberg descreve como cinco as fontes formais da nova *Lex Mercatoria*¹³⁹: os contratos-tipo as Condições Gerais de Compra e Venda, o Comecon (Conselho de Assistência Econômica Mútua que reúne a Rússia, Polônia, Tchecoslováquia, Bulgária, Romênia, Hungria, Albânia, Alemanha), os Incoterms (Termos internacionais do comércio) e as Leis Uniformes, projeto preparado pelo UNIDROIT, sobre a venda internacional de bens móveis corporais.

Alguns juristas entendem como fonte da *Lex Mercatoria*, as fontes do Direito Internacional previstas no artigo 38º do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (CIJ):

¹³⁶ FOUCHARD, Philippe, *L'arbitrage commercial international*, Dalloz, Paris, 1965, p.404-406.

¹³⁷ FERRARESE, Maria Rosaria, *La lex mercatoria tra storia e attualità – da diritto dei mercanti a lex per tutti?*, in *Sociologia del Diritto*, v. 32, n. 2-3, 2005, p. 160-161.

¹³⁸ GALGANO, Francesco, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, I, Mulino, 2005, p. 58-59.

¹³⁹ KAHN, Philippe, Apud ENGELBERG, Esther, *Contratos Internacionais do Comércio*. 2ª edição, Editora Atlas, São Paulo, 1997, p. 28-53.

Artigo 38

A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:

- a. As convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;*
- b. O costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito;*
- c. Os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas;*
- d. Sob ressalva da disposição do Artigo 59, as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito.*

A presente disposição não prejudicará a faculdade da Corte de decidir uma questão ex aequo et bono, se as partes com isto concordarem.

Esse entendimento seria um pouco limitado, tendo em vista que alguns estudiosos da área, como Hugh Thirlway¹⁴⁰, questionam essa restrição das próprias fontes do Direito Internacional. Em seu livro intitulado “*The Sources of International Law*”, Thirlway acrescenta às fontes formais do Direito Internacional os atos unilaterais¹⁴¹, decisões de organizações internacionais, acordos entre estados e empresas, entre outros.¹⁴²

Diante da multiplicidade de vertentes, desenvolveremos aqui como fontes da *Lex Mercatoria* os usos e costumes do comércio internacional, os princípios gerais, regras

¹⁴⁰ Ex Principal Secretário Jurídico da Corte Internacional de Justiça e atual professor do Instituto de Estudos Internacionais de Genebra, Professor visitante da Universidade de Bristol e Professor visitante da Universidade de Leiden.

¹⁴¹ Como ato unilateral o autor cita os casos de testes nucleares, que envolveram a confiança do tribunal internacional em um ato unilateral de um Estado (um anúncio do governo francês) como base para uma obrigação legal, e nenhuma tentativa, em seu julgamento, de vinculá-los a qualquer fonte de direito reconhecida.

¹⁴² THIRLWAY, Hugh, *The Sources of International Law*, Oxford, New York, 2014, p. 19 ss.

provenientes de organizações ou entidades privadas com atuação representativa do comércio internacional¹⁴³, e jurisprudência arbitral.

Os usos e costumes do comércio internacional, também chamados de direito consuetudinário, podem ser considerados como a fonte original da *Lex Mercatoria*. Os atos reiterados dos comerciantes, acompanhados de sua aceitação, deram a possibilidade de nascimento a este direito classista durante a Idade Média e hoje ainda serve como base para a criação de regras relativas ao comércio internacional.

Apesar do direito consuetudinário ser o fundamento principal da *Lex Mercatoria*, ele é considerado a fonte mais mutável, já que o comércio transnacional é cada vez mais dinâmico, tornando-se difícil definir uma prática singular. Este é um dos grandes argumentos utilizados por aqueles que não acreditam na sua existência ou na efetividade do uso da *Lex Mercatoria*, e vem sendo combatido através de sua aplicação através das organizações internacionais¹⁴⁴, que procuram construir um corpo comum, um padrão, através de estabelecimento de critérios equivalentes e correspondências entre os atos praticados, buscando assim *a harmonia jurídico-econômica dos preceitos, potenciando-se, deste modo, a continuidade das relações jurídicas comerciais*¹⁴⁵.

Entre as organizações que codificam de maneira privada os usos comerciais internacionais podemos citar a *International Law Association (ILA)*, a *Grain and Feed Trade Association (GAFTA)* e a *Câmara de Comércio Internacional (CCI)*, esta última, fundada em 1919, em Paris, é responsável pela criação dos INCOTERMS¹⁴⁶ (Termos Internacionais do Comércio), que são cláusulas internacionais facultativas, porém

¹⁴³ Citando Stoaker (STOAKER,1990), Strenger observa que os usos e costumes, os princípios gerais e as regras provenientes de organizações ou entidades privadas só podem consideradas fontes se forem aceitas pela comunidade comercial STRENGER, Irineu, *Direito do Comércio Internacional e Lex Mercatoria*....p. 36.

¹⁴⁴ Fourchard ainda exalta a valiosa colaboração fundamental das associações profissionais e corporativas nacionais. FOUCHARD, Philippe, *L'arbitrage commercial international*, Paris, 1965, p. 410.

¹⁴⁵ RODRIGUES, Ricardo Alexandre Cardoso, *As fontes da nova lex mercatoria: O alvorecer de uma nova alquimia reflexiva - métodos e reflexos; fluxos e impulsos*, Revista Internacional de Estudios e Derecho Procesal y Arbitrage, n1, 2016, p. 8.

¹⁴⁶ Publicado em 1936 e sofreu sete revisões: 1953, 1967, 1976, 1980, 1990, 2000 e 2010, e já é prevista uma nova versão em 2020.

amplamente utilizadas no comércio transnacional e destinam-se principalmente a comunicar claramente as tarefas, custos e riscos associados ao transporte e entrega de mercadorias, na compra e venda com o estrangeiro.¹⁴⁷

Além dos Incoterms, as associações internacionais contribuem para o desenvolvimento de condições gerais e modelos contratuais, pré determinando um contrato para venda de determinados produtos, onde a parte contratante não tem a opção de dialogar, assinando o contrato ou desistindo do negócio. A repetição dos contratos-tipos em escala mundial faz com que essas cláusulas se tornem um mecanismo unificador do direito aplicado ao comércio internacional.

Importante ainda neste contexto destacar os contratos atípicos e os contratos autorreguladores. Os contratos atípicos, ou inominados¹⁴⁸ não possuem regulamentação jurídica específica face aos ordenamentos jurídicos nacionais, sendo, no entanto, permitidos juridicamente, desde que não afrontem a lei, os bons costumes e os princípios gerais do direito. Já os contratos reguladores¹⁴⁹, podem ser entendidos como instrumentos jurídicos autônomos, autodisciplinados, sem a interferência do seio regulamentador do

¹⁴⁷ De acordo com a própria CCI: *“The Incoterms rules are an internationally recognized standard and are used worldwide in international and domestic contracts for the sale of goods. The rules have been developed and maintained by experts and practitioners brought together by ICC. They have become the standard in international business rules setting. Launched in mid-September 2010, Incoterms 2010 came into effect on 1 January 2011. The trade terms help traders avoid costly misunderstandings by clarifying the tasks, costs and risks involved in the delivery of goods from sellers to buyers. Incoterms rules are recognized by UNCITRAL as the global standard for the interpretation of the most common terms in foreign trade. INTERNACIONAL CHAMBER OF COMERCE – ICC, Disponível em: <<https://iccwbo.org/resources-for-business/incoterms-rules/>>, Acesso em 18 de Março de 2017.*

¹⁴⁸ Apesar do termo “contrato inominado” ser frequentemente utilizado, entendemos que esta não é a melhor definição, já que o contrato pode ter um nome específico, carecendo apenas da tipicidade legal. Álvaro Villaça Azevedo assim entende: *“Os contratos típicos recebem do ordenamento jurídico uma regulamentação particular, e apresentam-se com um nome, ao passo que os atípicos, embora possam ter um nome, carecem de disciplina particular, não podendo a regulamentação dos interesses dos contratantes contrariar a lei, a ordem pública, os bons costumes e os princípios gerais de direito”* AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*, Editora Atlas, São Paulo, 2002. p. 132.

¹⁴⁹ Também chamados de contratos auto normativos, ou na língua inglesa de *Self Regulatory Contracts*.

Estado, tendo como principal aliado o compromisso arbitral ou o recurso à composição amigável.¹⁵⁰

Os princípios gerais, como supracitado, são aceitos praticamente por unanimidade como fonte da *Lex Mercatoria*. No entanto, difícil é determinar quais são estes princípios.

Nas palavras de Marrela¹⁵¹ “*são fonte da nova Lex Mercatoria tanto os princípios gerais de direito e os princípios específicos do comércio internacional*”. De acordo com Soares¹⁵², inicialmente são princípios *subsidiários dos princípios gerais do direito privado e do direito internacional público*.

Entre os princípios, podemos citar o da boa fé (*bona fides*), que pode ser entendido de duas formas: o dever das partes de agir com lealdade e confiança recíproca e o de assegurar que o literal da linguagem não prevaleça sobre a intenção manifesta na declaração de vontade, o princípio da obrigatoriedade (*pacta sunt servanda*), que dispõe que o contrato faz lei entre as partes, obrigando-as, o princípio da autonomia da vontade, que consubstancia-se na liberdade de contratar¹⁵³, o princípio do *non adimpleti contractus* (a exceção do contrato não cumprido), entre outros. O artigo 38º do estatuto da Corte Internacional de Justiça prevê a aplicação dos princípios gerais de direito que sejam reconhecidos pelas nações civilizadas.

Schulz¹⁵⁴ reconhece que a *nova Lex Mercatoria* é criticada em razão de ser um conjunto vago de poucos e esparsos princípios, que nada mais seriam do que princípios gerais existentes nos respectivos direitos estatais, no entanto, rebate à crítica elucidando

¹⁵⁰ RODRIGUES, Ricardo Alexandre Cardoso, *As fontes da nova lex mercatoria: O alvorecer de uma nova alquimia reflexiva - métodos e reflexos; fluxos e impulsos*, Revista Internacional de Estudios e Derecho Procesal y Arbitrage, n1, 2016, p. 8.

¹⁵¹ MARRELLA, Fabrizio, *La Nuova Lex Mercatoria – principi UNIDROIT ed usi de contratti del commercio internazionale*, CEDAM, Padova, 2003.

¹⁵² SOARES, Julian Cuadal, *A revolução da Lex Mercatoria: origem, identidade e extensão*, Coimbra, 2006, p. 48.

¹⁵³ Essa liberdade, como já vimos, atualmente não é considerada plena, já que ainda existem limitações feitas pelas legislações nacionais. Mas que pode ser atingida através da aplicação da *Lex Mercatoria*.

¹⁵⁴ SCHULZ, Alexandre Buono, *Os contratos comerciais ...* p.89.

que apesar dos princípios terem origem em direito nacionais, a sua juricidade provém da *Lex Mercatoria* e não de normas estatais. A *Lex Mercatoria* teria papel de *uma ordem jurídica receptora*, ou seja, a aplicação dos princípios a título de *Lex Mercatoria* se dá por ter um caráter transnacional e não por pertencer a um sistema jurídico específico.¹⁵⁵

De acordo com o mesmo autor, os princípios gerais da *Lex Mercatoria* são basicamente aqueles que regem o direito contratual, especialmente no que tange a formação, interpretação e execução do contrato, salientando ainda a importância do princípio da boa fé e do *pacta sunt servanda*, sendo este último regra dos contratos internacionais e pressuposto da nova *Lex Mercatoria*, já que expressa visivelmente a autonomia da vontade da partes.¹⁵⁶ Este princípio também é expressamente previsto no inciso 1.3 das disposições gerais dos princípios UNITROIT (*International Institute for the Unification of Private Law*)¹⁵⁷ e considerado por alguns autores, como Paolo Fois¹⁵⁸, como um princípio *jus cogens*, não podendo ser derogado por acordo, e substituindo qualquer lei contrária.

Em relação à jurisprudência arbitral, importante destacar o aumento do uso da arbitragem ao redor do mundo. Esta propagação pode ser visualizada através do aumento de resoluções das câmaras de arbitragens internacionais¹⁵⁹, pelo aumento do número de sentenças executadas nos Tribunais Estatais, e principalmente pelo aumento de leis nacionais que dizem respeito à arbitragem, convergindo com o proposta pela UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*), como por exemplo, a lei brasileira nº 13.129, de 26 de maio de 2015, que expandiu a efetividade da arbitragem no território nacional. Em Portugal, a lei que recepiona a arbitragem em seu corpo jurídico foi a Lei n.º 63/2011 de 14 de Dezembro.

¹⁵⁵ LOQUIN, Eric, Apud SCHULZ, Alexandre Buono, Os contratos comerciais ..., p.89.

¹⁵⁶ SCHULZ, Alexandre Buono, Os contratos comerciais ...p.90.

¹⁵⁷ “A contract validly entered into is binding upon the parties. It can only be modified or terminated in accordance with its terms or by agreement or as otherwise provided in these Principles” UNITROIT, 2010, disponível em <<http://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2010/414-chapter-1-general-provisions/865-article-1-3-binding-character-of-contract>>, Acesso em 19 de Março de 2017.

¹⁵⁸ FOIS, Paolo, *I valori fondamentali del nuovo diritto internazionale e il principio pacta sunt servanda*, Rivista di Diritto Internazionale, 2010, p. 15.].

¹⁵⁹ Na CCI, por exemplo, já ocorreram 21000 disputas administrativas, em 150 países. Esse número está em constante atualização e pode ser visualizado no <<https://iccwbo.org/>>.

A jurisprudência arbitral se faz fonte da *Lex Mercatoria* devido a sua interpretação e aplicação, por meio da criatividade dos árbitros, que fundamentam suas decisões não apenas em leis e regras gerais, mas em normas anacionais e especiais, produzindo laudos que se tornam referências para casos futuros. Desta forma, com a geração de repetição de decisões internacionais, autônomas do direito estatal, cria-se a possibilidade de aplicação da *Lex Mercatoria*. A arbitragem é seu melhor meio de propagação.

4. ARBITRAGEM

Atualmente, grande parte dos contratos internacionais prevê que os litígios decorrentes ou relacionados com eles devem ser resolvidos por arbitragem em vez de litígio judicial. Além da maior rapidez, tendo em vista a complexa burocracia e o sobrecarregamento do Poder Judiciário, a arbitragem oferece uma série de vantagens decisivas sobre o litígio quando se trata de transações internacionais.

A arbitragem pode ser definida como uma modalidade extrajudicial de resolução de um conflito, em que um árbitro, terceiro escolhido pelas partes, decide uma controvérsia.

De acordo com Strenger¹⁶⁰, “a arbitragem é a instância jurisdicional praticada em função de regime contratualmente estabelecido, para diminuir controvérsias entre pessoas de direito privado e/ou público, com procedimentos próprios e força executória perante tribunais estatais”.

Para Nádía de Araujo¹⁶¹, “a arbitragem é um meio jurídico de soluções e controvérsias presentes ou futuras, baseado na vontade das partes envolvidas, as quais elegem por si mesmas e diretamente, ou através de mecanismos por ela determinados,

¹⁶⁰ STRENGER, Irineu, *Arbitragem Comercial* ...p 33.

¹⁶¹ ARAUJO, Nádía de, *Contratos Internacionais*..., p. 90.

árbitros para serem os juízes da controvérsia, confiando-lhes a missão de decidir de forma obrigatória o litígio através da prolação de um laudo arbitral”.

Buscando uma definição mais técnica, encontramos no artigo II da Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras¹⁶², conhecida como Convenção de Nova York, o qual dispõe que “*an agreement in writing under which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not*”. No mesmo sentido temos o artigo 7º da Lei Modelo da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL)¹⁶³ que assim dispõe: “*an arbitration agreement is an agreement by the parties to submit to arbitration all or certain disputes which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not*”.

A arbitragem se caracteriza principalmente pela explícita manifestação da vontade das partes e combinando esta autonomia com uma conseqüente liberdade contratual e o afastamento do sistema jurídico estatal, temos um espaço perfeito para a disseminação da *Lex Mercatoria*.

Os principais aspectos da arbitragem que a diferencia da Justiça Estatal se baseiam na conciliação, na informalidade, na confidencialidade na celeridade e na própria sentença arbitral.

A conciliação é ponto forte do procedimento arbitral: ao escolherem a arbitragem, resta claro o interesse das partes de encontrarem uma resolução para o conflito. O árbitro, figura importante nesse tipo de resolução de conflito e notado de profundo conhecimento, fará o possível para mediar a situação e resolver a situação já que nele se deposita a confiança de uma conciliação, e na falta dela, uma decisão justa.

¹⁶² *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*. Publicada em 10 de Junho de 1958.

¹⁶³ *UNCITRAL Model Law - United Nations Commission on International Trade Law*. Publicada em 1985 e atualizada em 2006.

No que tange à informalidade, além da maior proximidade entre as partes, não há um protocolo ou atos pragmáticos a serem cumpridos, especialmente em relação à produção de provas¹⁶⁴, tornando o procedimento mais célere e eficaz.

A celeridade é uma consequência do procedimento arbitral. Além de fugir das pilhas de processos amontoados nos tribunais convencionais, ao determinar um terceiro com conhecimento profundo sobre o tema para decidir o impasse, se ganha tempo por já conhecer aquilo que se requer. As leis nacionais sobre arbitragem de Brasil e Portugal vão além e determinam que os procedimentos arbitrais deverão, salvo manifestação expressa das partes estabelecendo o contrário, ser solucionados no prazo de 6 meses, levando em média 100 dias para ser o procedimento totalmente finalizado em solo brasileiro¹⁶⁵.

As decisões judiciais estão amparadas pelo princípio da publicidade, o qual possibilita a qualquer pessoa ter acesso às informações constantes nos autos, com exceção dos casos que tramitam sob sigilo de justiça. Este aspecto se desenvolve de maneira oposta na arbitragem: os procedimentos são em regra confidenciais, sendo sua divulgação permitida apenas com expressa autorização das partes, buscando preservar seus interesses.

Esta confidencialidade, apesar de proteger os interesses das partes, evitando a divulgação de alguma informação, impede a formação de uma vigorosa jurisprudência arbitral, a qual daria força ao desenvolvimento e propagação *da Lex Mercatoria*.

Felizmente os casos de decisões públicas tem se tornado mais frequentes e abastecido esta fonte da *Lex Mercatoria*. Nesse sentido FRIGNANI¹⁶⁶ já a visualizava: “*la giurisprudenza arbitrale internazionale, grazie alla sempre più frequente pubblicazione*

¹⁶⁴ A informalidade é praticada em todo o andamento do procedimento arbitral visando a solução rápida do conflito, no entanto é importante destacar que mesmo que não existam regras para a produção de provas, esta deve ser feita de maneira que não prejudique o direito de cada um e a análise e convencimento do Árbitro.

¹⁶⁵ IMA – Instituto de Mediação e Arbitragem, disponível em <<http://www.imapr.com.br/>>, Acesso em 30 de Março de 2017.

¹⁶⁶ FRIGNANI, Aldo, *L'arbitrato commerciale internazionale* – v. XXXIII – Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia diretto da Francesco Galgano, Cedam, Padova, 2004. p. 160.

dei lodi, che diventano di facile reperibilità per gli addetti ai lavori, fonte di natura costitutiva”.

As sentenças nem sempre se tornam públicas por espontânea vontade das partes, mas pelo fato de que é cada vez mais frequente a interposição de ações judiciais requerendo a anulação da sentença arbitral, por aqueles que obtiveram uma decisão desfavorável¹⁶⁷. A impossibilidade de ingressar com recurso contra a decisão arbitral é uma das características deste procedimento, o qual se distancia do procedimento estatal e contribui para a maior celeridade de sua tramitação.

Conforme exposto por Fabrizio Marrella¹⁶⁸ a jurisprudência arbitral pode contribuir para o desenvolvimento da *Lex Mercatoria* através da função de reconhecimento de regras individuais da *Lex Mercatoria* e da elaboração normativa destinada a ser codificada por ONGs.

Outro aspecto importante da arbitragem é a autonomia da vontade e a possibilidade de escolha do direito aplicado ao julgamento da lide. A constante e veloz mudança no cenário comercial internacional faz com que um ordenamento se faça mais eficaz do que outro em certas ocasiões. Neste contexto, as partes podem definir o direito que melhor se enquadra naquela situação, exprimindo sua vontade através da cláusula arbitral, ou compromisso arbitral. A autonomia da vontade ainda está presente na possibilidade de escolha da utilização do compromisso arbitral e na escolha do árbitro.

¹⁶⁷ Novo Código de Processo Civil Brasileiro pressupõe a possibilidade da confidencialidade para qualquer tipo de litígio arbitral, podendo ensejar segredo de justiça nos processos judicializados desde que comprovada a vontade pelo sigilo do procedimento.

¹⁶⁸ MARELLA, Fabrizio, *La Nuova Lex Mercatoria* ... p. 249.

4.1 Cláusula compromissória e compromisso arbitral.

A arbitragem como forma alternativa de solução de conflitos vem sendo cada vez mais utilizada, especialmente pelas empresas de grande porte, através dos contratos internacionais.

A utilização da arbitragem voluntária prevê a como ponto de partida a convenção de arbitragem, que, através da autonomia privada permite que a resolução de um litígio seja feita por um árbitro.

A arbitragem para ser aplicada deve ser convencionada pelas partes como meio de solução do litígio, escolha que pode ser feito em dois momentos da relação contratual: antes ou depois do surgimento do conflito. No direito brasileiro, a convenção de arbitragem está disposta no capítulo II da Lei Nº 9.307/96¹⁶⁹, e no direito português, no primeiro capítulo do anexo da Lei da Arbitragem Voluntária¹⁷⁰. Assim, a instauração de um procedimento arbitral pode ser realizada através da cláusula compromissória ou no compromisso arbitral.

A cláusula compromissória nasce no início do negócio, como uma maneira de assegurar seus direitos, de maneira preventiva, diante de um eventual desentendimento futuro.¹⁷¹ Esta cláusula busca uma célere resolução do litígio através da arbitragem, mas não exclui a possibilidade das partes de requerer o que lhe for de direito na justiça.

¹⁶⁹ Lei Nº 9.307 de 23 de Setembro De 1996.

¹⁷⁰ Lei 63 de dezembro de 2011.

¹⁷¹ GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. *Distinção entre cláusula compromissória e compromisso arbitral no Brasil*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3090/distincao-entre-clausula-compromissoria-e-compromisso-arbitral>>. Acesso em: 23 de maio de 2017.

Esta cláusula seria, portanto, uma promessa, um contrato futuro e incerto, que de acordo com Alberto dos Reis, “*desde que as partes podem celebrar um determinado ato jurídico, podem também validamente estipular a promessa desse acto*”¹⁷².

Já o compromisso arbitral recai sobre um conflito atual e específico de um litígio já existente que será resolvido por árbitros regularmente escolhidos, sem previsão de como serão resolvidos desentendimentos futuros. Um contrato perfeito e acabado, com força vinculativa que faz que as parte se comprometam a se submeter uma questão específica à decisão de um árbitro.¹⁷³

Importante destacar, que as duas modalidades são independentes, apesar de produzirem os mesmos efeitos: a resolução de um litígio através do procedimento arbitral. Nesse sentido Raúl Ventura dispõe que a convenção de arbitragem: “*reúne, em duas espécies do mesmo gênero, as duas antigas figuras autônomas, mas vizinhas. Nenhuma delas depende da outra, quanto à sua eficácia; ambas produzem efeitos jurídicos idênticos*”¹⁷⁴

4.1.1 Cláusula compromissória internacional

No âmbito internacional, a convenção de arbitragem, inserida num contrato internacional, também tem elementos de extraneidade.¹⁷⁵

O compromisso arbitral não é utilizado frequentemente, correspondendo apenas a menos de 5% dos casos no que concerne à arbitragem internacional¹⁷⁶. Compreende-se esta

¹⁷² REIS, José Alberto dos, VILLELA, Machado. *Do Juízo arbitral*, no Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, ano VI, pág. 689.

¹⁷³ GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. *Distinção entre cláusula...*, Acesso em: 23 de maio de 2017.

¹⁷⁴ RAÚL VENTURA, *Convenção de arbitragem*, Revista Ordem dos Advogados, Ano 46, Lisboa, pág. 298.

¹⁷⁵ SOUSA, Iñaki Paiva de, *A Cláusula Compromissória no Direito Português- Questões relevantes de um negócio jurídico processual autónomo*, Lisboa, 2011, Disponível em < <http://arbitragem.pt/estudos/clausula-compromissoria-no-direito-portugues.pdf>> , acesso em 24de Maio de 2017.

¹⁷⁶ MENDES, Armindo Ribeiro, *Sumários da disciplina de Práticas Arbitrais do mestrado forense da Universidade Católica, Introdução às práticas arbitrais*, disponível em <

situação, pois as partes estão mais propensas a aceitar a convenção de arbitragem durante a celebração do contrato, antes do aparecimento de qualquer litígio.

Em relação à cláusula compromissória, deve-se primeiramente analisar se um contrato é internacional ou não, e se este possui forte ligação com o comércio internacional, para assim poder beneficiar-se da arbitragem comercial, que é considerada independente da arbitragem “comum”.¹⁷⁷

Conforme exposto por Sousa¹⁷⁸, o problema de se inserir uma cláusula compromissória num contrato internacional é que este se vincula com o estatuto da arbitragem, o conjunto de regras aplicadas pelo tribunal arbitral, que podem ser divididas entre *lex arbitrii* e *professio iuris*: “*A lex arbitrii é a lei reguladora da arbitragem em si, esta contém, designadamente, normas sobre a validade formal da cláusula compromissória, a “arbitrabilidade do litígio, a composição do tribunal arbitral, as garantias processuais e os princípios imperativos do processo, os casos de apoio dos tribunais estaduais e a matéria de impugnação das sentenças arbitrais”*”¹⁷⁹, ou seja, a lei de enquadramento da arbitragem, que regula o tribunal e a regularidade do processo. Já em relação a *professio iuris* o autor a define como “*normas referentes ao mérito ao mérito ou fundo do litígio a decidir pelos árbitros na eventual disputa*”,¹⁸⁰ ou seja, a lei do acolhimento da sentença arbitral.

Existindo uma cláusula compromissória num contrato internacional estaremos diante da multiplicidade de normas que regem o comércio internacional e para que o processo seja regular e a sentença eficaz, os árbitros devem seguir normas internacionalmente aceites, como as convenções internacionais e leis modelos, sendo

<http://arbitragem.pt/estudos/sumarios-praticas-arbitrais-mestrado-forense-da-catolica.pdf>> p. 50, Acesso em 24 de maio de 2017.

¹⁷⁷ Deve-se levar em consideração os elementos de internacionalidade e de comercialidade. SOUSA, Iñaki Paiva de, *A Cláusula Compromissória no Direito Português- Questões relevantes de um negócio jurídico processual autónomo*, Lisboa, 2011, Disponível em < <http://arbitragem.pt/estudos/clausula-compromissoria-no-direito-portugues.pdf>> , acesso em 24de Maio de 2017.

¹⁷⁸ SOUSA, Iñaki Paiva de, *A Cláusula Compromissória...*, Acesso em 24 de maio de 2017.

¹⁷⁹ MENDES, Armindo Ribeiro, *Sumários da disciplina ...* p. 50, Acesso em 24 de maio de 2017

¹⁸⁰ SOUSA, Iñaki Paiva de, *A Cláusula Compromissória ...*, acesso em 24de Maio de 2017.

possível ainda a utilização da *Lex Mercatoria* como a ratificação dos usos e costumes do comércio internacional.

4.2 Procedimento Arbitral e a Lei Aplicável.

Lima Pinheiro¹⁸¹ em seu estudo sobre a arbitragem transnacional já refletia sobre a “*arbitragem voluntária que em virtude de contatos juridicamente relevantes com mais de um Estado coloca um problema de determinação do Direito aplicável*”.

Como visto, a autonomia da vontade permite às partes elegerem o modo de resolução dos conflitos presentes e futuros, o procedimento arbitral e a lei aplicável. A primeira decisão a ser feita portando, é a determinação do procedimento e as regras que serão aplicadas ao caso, podendo eleger as *regras processuais de um determinado país, as regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, ou, ainda, delegar ao árbitro ou tribunal arbitral a regulação de tal procedimento*¹⁸². Caso as partes não indiquem o procedimento a ser aplicado, cabe ao próprio árbitro, ou tribunal arbitral, que lhe determine.¹⁸³

No que concerne à lei aplicável, segue-se o mesmo posicionamento da escolha do procedimento arbitral, ou seja, na falta de convergência e indicação da lei aplicável pelas partes, caberá ao árbitro ou tribunal arbitral realizar a escolha.

A aplicação das regras de escolha do direito depende, em última instância, do tribunal em que o pedido é feito. Em muitos casos, este será o tribunal do local da arbitragem, onde muitas vezes se aplica rigidamente a lei local, ao invés da lei estrangeira indicada pela própria regra da lei de escolha, causando resultados indesejáveis. Assim, se

¹⁸¹PINHEIRO, Luis de Lima, *Direito Comercial Internacional*, Almedina 2005, p. 443 e ss.

¹⁸²RECHSTEINER, Walter Beat, *Arbitragem privada internacional no Brasil: depois da nova lei 9.307, de 23.09.1996 : teoria e prática*. 2ª edição, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001, p. 81.

¹⁸³PIRES, Eduardo, ARAUJO, Neiva Cristina, *Lex Mercatoria e Arbitragem Internacional: Alternativas para regulação e solução de conflitos do comércio internacional*, Anais do XVIII Encontro Nacional do CONPEDI, Tema: “As Dimensões da Personalidade na Contemporaneidade” 02, 03 e 04 de julho de 2009, Maringá, 2009, p. 3019.

as partes optarem pelo procedimento arbitral, é melhor que selecionem a lei aplicável quando esta questão lhes for proposta.

A escolha da Lei aplicável tem como objetivo principal prover uma maior certeza e previsibilidade do conseqüente resultado de um litígio. Tendo em vista que os contratos internacionais normalmente contêm extensivas cláusulas regulando uma variedade de problemas, a lei aplicável, com exceção das suas regras mandatórias, é limitada: funciona como uma estrutura para a regulação contratual.¹⁸⁴

No entendimento de Gary Born¹⁸⁵, além da lei aplicada ao contrato e ao procedimento arbitral, faz-se necessária *a análise separada da escolha da para determinar a lei que regula a validade substantiva da própria convenção de arbitragem*. De acordo com o autor, existem cinco opções:

1 - Lei do Fórum de Execução Judicial: era comum que autoridades considerassem que uma convenção de arbitragem era regida pela lei do foro judicial onde a execução do acordo era solicitada, considerando a validade de um acordo de arbitragem como uma questão processual. De acordo com o autor, aplicação da lei do fórum de execução judicial tem sido amplamente substituída por alternativas de escolha de regras de direito.

2 – Lei escolhida pelas partes: há uma aceitação quase unânime da autonomia das partes em escolher a lei aplicável ao procedimento arbitral. A própria convenção de Nova York prevê “*O reconhecimento e a execução da sentença poderão ser indeferidos, a pedido da parte contra a qual ela é invocada, unicamente se esta parte fornecer à autoridade competente onde se tenciona o reconhecimento e a execução, prova de que: a) as partes do acordo a que se refere o Artigo II estavam, em conformidade com a lei a elas aplicável, de algum modo incapacitadas, ou que tal acordo não é válido nos termos da lei à qual as partes submeteram, ou na ausência de indicação sobre a matéria, nos termos da lei do*

¹⁸⁴ LY, Filip De, *International Business Law and Lex Mercatoria*, T.M.C. Asser Instituut – The Hague, Amsterdã, 1992. p. 60.

¹⁸⁵ BORN, Garry B., *International Arbitration: Law and Practice*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, Holanda, 2012.p. 55-56.

país onde a sentença foi proferida”). No mesmo sentido a Lei Modelo da UNCITRAL se manifesta em seus artigos 34 e 36.

3 - *A lei da sede da arbitragem*: de acordo com a convenção de Nova York e a Lei Modelo da UNCITRAL, caso as partes não convençionem sobre a lei aplicável ao procedimento arbitral, se aplica a lei da sede da arbitragem. Essa interpretação também é feita por algumas autoridades que entendem que, se as partes escolheram a sede arbitral, isso implicaria na aplicação da lei do mesmo lugar para reger a decisão arbitral.

4 - *Princípio de validação*: algumas autoridades sustentam que as regras tradicionais de escolha de leis são inadequadas para acordos de arbitragem internacional e, em vez disso, aplicaram um princípio de validação. Algumas autoridades sustentam que as regras tradicionais de escolha de leis não são adequadas aos acordos internacionais de arbitragem e, em vez disso, aplicaram um princípio de validação. O princípio de validação prevê que, se o acordo de arbitragem é válido ao abrigo de várias leis que lhe sejam potencialmente aplicáveis, então o acordo será confirmado.¹⁸⁶

5. *Direito Internacional*: existem ainda tribunais arbitrais que entendem que as convenções de arbitragem internacionais não fazem parte de uma lei Estatal, mas são regidas pelo direito internacional, e que a aplicação dessas normas potencializa a eficácia dos acordos de arbitragem no comércio internacional.

Em relação à *Lex Mercatoria*, diante da norma de conflito, alguns autores defendem a sua possibilidade de escolha como direito aplicável, no entanto, limitando esta escolha aos tribunais arbitrais.

Rechsteiner, defensor dessa possibilidade, assim ensina: “*Reconhece-se, expressamente, a faculdade das partes em socorrerem-se de regras da Lex Mercatoria,*

¹⁸⁶ Born cita o exemplo da Suíça, que prevê o princípio de validação no Artigo 178, 2, da Lei Suíça de Direito Internacional Privado.

*quando surgir, entre elas, uma lide a ser decidida por um tribunal arbitral. A nosso ver, as partes podem determinar, ainda, que as regras da Lex Mercatoria sejam aplicadas, somente parcialmente, as suas relações jurídicas, deixando o restante sob a égide de determinado ordenamento jurídico estatal. Da mesma forma, poderão pactuar seja a Lex Mercatoria levada em consideração quando o direito estatal aplicável contenha lacuna a serem, eventualmente, contempladas.”*¹⁸⁷

Apesar dos tribunais darem prioridade a leis internas que sejam similares às partes, ou leis uniformes, não existe a proibição de utilização de leis costumeiras, desde que as partes se manifestem a favor.¹⁸⁸ Strenger também se posiciona neste sentido: “A independência do árbitro internacional o autoriza não somente a criar e aplicar um sistema autônomo de solução de conflitos de leis, mas também a descartar as disposições inadaptadas de direitos estatais, a combinar as diferentes leis, a tomar em consideração um direito comercial comum”.¹⁸⁹

Seguindo o mesmo ponto de vista, Sousa¹⁹⁰ defende que a *Lex Mercatoria* como direito aplicável pode ser admitida e aplicada pelos árbitros em quatro casos: (i) a norma de conflitos da lei de arbitragem que deve ser aplicada permite aos árbitros decidir com base na *Lex Mercatoria*; (ii) a lei de arbitragem não contém uma norma de conflitos, ou contendo, a sua violação não põe em causa a eficácia da sentença arbitral; (iii) a lei do Estado que deva ser aplicada admite como fonte de Direito os costumes e usos internacionais; (iv) o árbitro que tenha de decidir com base na equidade ou como *amiable compositeur* possa socorrer-se da *Lex Mercatoria* como critério de decisão.

A arbitragem, como já visto, é o meio perfeito para a expansão e aplicação da *Lex Mercatoria*, fazendo valer a autonomia das partes, ou garantindo uma maior equidade entre elas, tendo em vista a aplicação dos usos e costumes do comércio internacional, independente de uma lei protecionista estadual, que poderia prejudicar um dos lados.

¹⁸⁷ RECHSTEINER, Walter Beat. Arbitragem privada ... p. 98.

¹⁸⁸ RECHSTEINER, Walter Beat. *Arbitragem privada...*, p. 98.

¹⁸⁹ STRENGER, Irineu. *Direito do Comércio Internacional e Lex Mercatoria*. São Paulo: LTr, 1996, p. 75

¹⁹⁰ SOUSA, Iñaki Paiva de, *O Direito Comercial ...*p.90.

Existe uma tendência generalizada de reconhecer que os árbitros possuem discricionariedade para determinação da lei aplicável, que os permitem de haver uma substancial liberdade de escolha da lei aplicável, bem como de utilizar a lei escolhida pelas partes. Oman¹⁹¹ entende já que existe inclusive uma jurisprudência arbitral, reflexo de leis de juízo anacional, que ao lado dos usos corporativos, formam fontes da *Lex Mercatoria*.

Diante da independência do árbitro internacional e da autonomia da vontade privada, entendemos ser a *Lex Mercatoria*, perfeitamente escolhida como lei aplicável no procedimento arbitral.

5. A LEX MERCATORIA E A UNIFORMIZAÇÃO ESPONTÂNEA DO DIREITO

Os maiores frutos em matéria de uniformização do direito se encontram no campo das relações comerciais internacionais, obtidos por meio da adesão espontânea dos interessados em certas práticas propagadas, usos e costumes. Isto ocorreu através da difusão de contratos-tipos ou de formas universalmente aceitas como base jurídica de um tipo determinado de operação econômica, onde as cláusulas tendem a reconhecer cada vez mais os verdadeiros usos do comércio internacional.¹⁹²

De acordo com Marrella¹⁹³, tende-se a limitar a análise da *Lex Mercatoria* ao contencioso arbitral, concentrando-se na dimensão processual do fenômeno, negligenciando o ponto de vista do direito substancial.

Como já visto anteriormente, o elemento da *Lex Mercatoria* que mais domina a cena jurídica é o contrato internacionalmente uniforme¹⁹⁴, realizado pelas sedes das multinacionais e difundido nas próprias filiais espalhadas por todo o mundo. Estes contratos, e através deles a *Lex Mercatoria*, adquirem eficácia, seja de natureza

¹⁹¹ OSMAN, Filiali, *Les principes généraux de la Lex mercatoria: contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, Paris, 1992, p.321.

¹⁹² MARRELLA, Fabrizio, *La Nuova Lex Mercatoria* ,, p. 161.

¹⁹³ Ibidem, p 162.

¹⁹⁴ GALGANO, Francesco, *Lex Mercatoria...*, p.232.

negocial, nos limites concedidos pelo ordenamento interno de um Estado, através da disciplina dos contratos por adesão ou dos contratos concluídos mediante módulo ou forma definida.¹⁹⁵ Além dos contratos realizados por multinacionais, outros contratos-tipos¹⁹⁶ são suscetíveis de elaboração com base no uso no comércio internacional, destacando-se os contratos elaborados pelas organizações internacionais e pelas ONGs, ambas com caráter transnacional.

A redação de um contrato por adesão de uma empresa transnacional responde a uma lógica mais econômica do que jurídica, já que a produção e distribuição de bens em larga escala dependem de uma contratação uniforme, pois na falta dela a gestão se tornaria extremamente manter o controle financeiro e do padrão de produção e de qualidade de seus produtos. Essa situação ilustra a profunda relação entre direito e economia. Nesse sentido, Orlando Gomes expõe¹⁹⁷: “*As transformações ocorridas no background econômico determinam a modificação do instituto jurídico, seja em suas normas constitutivas, seja na sua aplicação mediante processo de interpretação que procuram ajustá-lo à função social que lhe cabe desempenhar*”

Um exemplo de mudança que trouxe a necessidade de uniformização das normas, foi a criação da União Europeia. A abertura do mercado num espaço comunitário ampliou de maneira significativa os negócios, e conseqüentemente os contratos entre os países integrantes do bloco econômico, confrontando diferentes ordenamentos jurídicos.

Nesse ambiente, com o intuito de harmonizar os negócios comunitários, realizou-se a Convenção de Roma, em 1980, para assim disciplinar de maneira uniforme os

¹⁹⁵ MARRELLA, Fabrizio, La Nuova Lex Mercatoria ... p. 161.

¹⁹⁵ Ibidem, p 162

¹⁹⁶ Venosa diferencia os contratos de adesão da seguinte maneira: “*O contrato-tipo aproxima-se do contrato de adesão pela forma com que se apresenta. Distingue-se do contrato de adesão porque aqui, no contrato tipo, as cláusulas, ainda que predispostas, decorrem da vontade paritária de ambas as partes. Assim contratam, por exemplo, as empresas de determinado setor da indústria ou comércio com um grupo de fornecedores, podendo ou não ser representadas por associações respectivas.*” VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil, *Teoria geral das obrigações e Teoria geral dos contratos*, 8ª edição, editora atlas, p. 371.

¹⁹⁷ GOMES, ORLANDO e VARELA, ANTUNES. *Direito Econômico*, São Paulo, Saraiva, 1977, p. 15.

conflitos de lei, ao menos aqueles relativos aos contratos, para assim garantir a livre circulação de bens e serviços na União Europeia.

Seguindo a mesma ideia de uniformização das regras contratuais dos países da União Europeia, visando a potencialização dos negócios, a *Lex Mercatoria* reproduz este propósito numa escala global: através da aplicação das práticas comerciais, pacificadas no comércio internacional, os negócios se tornam mais dinâmicos e homogêneos, já que abreviaria conflitos de lei entre Estados diversos.

Outras cláusulas que após se tornarem frequentes nos contratos internacionais, ganharam previsões nas cláusulas modelos publicadas pela Câmara de Comércio Internacional – CCI são as cláusulas de *força maior* e de *hardship*.

A CCI, para satisfazer as exigências dos operadores do comércio internacional, no que tange a responsabilidade das partes em certas situações não previsíveis ou em caso de oneração excessiva.

No primeiro caso, a cláusula de força maior exonera a responsabilidade da parte pela falha na execução de suas obrigações, desde que prove que *i)* a não execução é devida a um impedimento independente de sua vontade; *ii)* que esse impedimento não poderia ser razoavelmente previsto e *iii)* que não fosse razoavelmente possível evitá-lo ou superá-lo.¹⁹⁸

Dentre os impedimentos que são costumeiramente passíveis de aceitação estão os casos de guerra, catástrofe natural, explosões, incêndios, greves e bloqueios, sendo este rol apenas exemplificativo. Por se tratar de uma cláusula standard, ela pode não corresponder exatamente às necessidades das partes, que poderão complementá-la, inserindo novas situações que considerem relevantes.

¹⁹⁸ BORTOLOTTI, Fabio, *Diritto dei Contratti Internazionali: Manuale di diritto commerciale internazionale*, CEDAM, Milano, 1997, p. 101-102.

Já a cláusula de *hardship* se situa ao caso em que diante de uma situação não prevista pelas partes, haja um considerável desequilíbrio econômico do contrato, tornando sua execução particularmente onerosa à uma das partes. O propósito dessa cláusula é principalmente de conceder a possibilidade de adaptação do contrato às novas circunstâncias, seja através de uma negociação, ou da intervenção de um terceiro.¹⁹⁹

Para Olavo Batista²⁰⁰ a cláusula de *harship* se assemelha à cláusula de força maior no que se refere à imprevisibilidade e à inevitabilidade do evento, no entanto, se difere dela, pois o evento gerador de *hardship*, somente faz com que a execução do contrato se torne mais onerosa para uma das partes, desestabilizando expressivamente o equilíbrio inicial, possibilitando a renegociação do contrato.

A CCI foi extremamente prudente na elaboração da cláusula de *harship*, propondo apenas uma cláusula alternativa, a fim de satisfazer as necessidades do comércio internacional, o que causou estranheza a escolha de incluir a cláusula de *hardship* nos princípios UNIDROIT, princípios estes que buscam uniformizar as relações contratuais, com base nos usos e costumes comerciais internacionais.

5.1 Os princípios UNIDROIT

O Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado, UNIDROIT é uma organização internacional independente, sediada em Roma, que tem como objetivo o estudo de necessidades e métodos para modernizar, harmonizar e coordenar o direito privado entre os Estados e formular leis uniformes e princípios a fim de atingir esse objetivo. A adesão ao UNIDROIT está restrita aos Estados que aderem ao Estatuto do UNIDROIT, sendo composto atualmente por sessenta e três Estados, provenientes dos

¹⁹⁹ Ibidem, p. 104-105.

²⁰⁰ BATISTA, Luiz Olavo, *Dos Contratos Internacionais: Uma Visão Teórica e Prática*, São Paulo, Saraiva Ed., 1994, p. 143-144

cinco continentes e representam uma variedade de diferentes sistemas jurídicos, econômicos e políticos, bem como diferentes origens culturais.²⁰¹

A iniciativa do UNIDROIT de elaborar “os princípios dos contratos comerciais internacionais” teve como objetivo dar vida a um “*Restatement of the law*”, ou seja, proceder uma exposição sistemática do direito existente, contribuir para desenvolvimento daquilo que é certo, exemplificar o que é complexo e alterar aquilo o que for necessário para melhor adaptar o direito à vida.²⁰²

O projeto surgiu num momento em que o comércio internacional está longe de ser satisfatório, onde as relações comerciais transnacionais eram praticamente todas regidas por direitos estatais, apesar dos Estados estarem assinando convenções internacionais sobre o tema, com o intuito de eliminar as incertezas geradas pela coexistência de diversos sistemas jurídicos.²⁰³

Difícil é a classificação destes princípios nas categorias jurídicas tradicionais e sua consequente hierarquia. Diante da impossibilidade de caracterização, alguns autores entendem se tratar de *Soft Law*, que seriam normas de um direito flexível, que não são nem de natureza estritamente vinculativa nem completamente desprovidas de significado legal, sendo utilizadas para fundamentação de decisões ou de legitimação de práticas do comércio internacional.²⁰⁴

Os princípios UNIDROIT buscam a harmonização do direito comercial internacional por vias alternativas às normas – *hard law* – estipuladas pelos Estados,

²⁰¹ Inicialmente fundado em 1926 como órgão auxiliar da Sociedade das Nações, o instituto foi restabelecido em 1940 por meio de um tratado multilateral, o Estatuto Orgânico do Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado. *The International Institute for the Unification of Private Law*, disponível em < <http://www.unidroit.org/about-unidroit/overview> > , acesso em 24 de abril de 2017.

²⁰² BONELL, Joachim Michael, *I principi UNIDROIT dei Contratti Commerciali Internazionali: un approccio nuovo alla disciplina dei contratti internazionali*, in *Contratti Commerciali Internazionali e Principi UNIDROIT*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 9-10.

²⁰³ *Ibidem*.

²⁰⁴ MARQUES DOS SANTOS, António, *Direito Internacional Privado*. In: LIMA MARQUES, Claudia e ARAÚJO, Nadia (organização);. *O Novo Direito Internacional – Estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 34.

tendo como missão informar e guiar as partes, o árbitro, o juiz e o legislador, sem se incorporar formalmente aos ordenamentos estatais²⁰⁵, mas promovendo segurança e previsibilidade nas relações contratuais internacionais.

Lauro Gama Jr., ensina que a autoridade normativa dos princípios UNIDROIT se deve principalmente à *qualidade acadêmica e profissional dos seus redatores, que representam todas as tradições jurídicas contemporâneas, e, especialmente, à sua crescente utilização em contratos, arbitragens e litígios judiciais de caráter internacional.*²⁰⁶

Estes princípios abordam principalmente as normas gerais sobre os contratos, valendo-se de características comuns nos diversos sistemas legais existentes, buscando preferencialmente prover soluções que se harmonizem com as exigências do comércio internacional, mas evitando utilizar uma terminologia jurídica inerente a um sistema específico.

Da leitura do preâmbulo dos princípios UNIDROIT²⁰⁷ temos que estes princípios constituem regras a serem aplicadas aos contratos comerciais internacionais e que podem ser aplicados *i)* quando as partes acordarem que os contratos devem ser regidos por eles; *ii)* quando as partes aceitam que o contrato será regido pelos princípios gerais de direito, pela *Lex Mercatoria* e por outra forma similar, *iii)* quando as partes não tiverem escolhido o direito aplicável ao contrato, *iv)* para interpretar ou complementar instrumentos internacionais de direito uniforme, *v)* para complementar o

²⁰⁵ ROSETT, Arthur e GORDON, Michael W. *United States – national report*. In: BONELL, M. J. (edição.) *A New Approach to International Commercial Contracts – The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*. XVth International Congress of Comparative Law (Bristol, 26 July – 1 August 1998), The Hague: Kluwer Law International, 1999, p. 389.

²⁰⁶ JR., Lauro Gama, *Os Princípios Do Unidroit Relativos Aos Contratos Do Comércio Internacional: Uma Nova Dimensão Harmonizadora Dos Contratos Internacionais*, disponível em <http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XXXIII_curso_derecho_internacional_2006_Lauro_Gama_Jr.pdf>, Acesso em 07 de Maio de 2017.

²⁰⁷ PRINCIPIOS UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES 2010 <<http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf>> Acesso em 07 de Maio de 2017.

direito nacional e por fim *iv*) pode ser utilizado como modelo para os legisladores nacionais e internacionais.

Como visto acima, a UNIDROIT tanto reconhece a existência da *Lex Mercatoria*, como aceita a garante sua aplicação e através dos seus princípios, como por exemplo, através do princípio da liberdade contratual, do princípio do consensualismo, do princípio da força obrigatória do contrato, do princípio da internacionalidade e uniformidade, do princípio da boa-fé e lealdade negocial, do princípio da primazia dos usos e práticas; e do princípio da sanção aos comportamentos desleais.

A liberdade contratual, também denominada autonomia privada, garantem às partes a liberdade de escolha das partes, garantindo que o contrato irá figurar conforme vontade livremente manifestada²⁰⁸. Liberdade esta que pode conceder a possibilidade de escolha da lei aplicável, incluindo a *Lex Mercatoria*. Esta liberdade ainda é garantida pelo princípio do consensualismo, o qual prevê que os contratos se concluam mediante o simples consentimento das partes, independente de uma forma especial.

Superada a sua formação, pelo princípio da força obrigatória dos contratos, este novo instrumento faz lei entre as partes, garantindo que a vontade das partes será aplicada. Ou seja, caso as partes tenham decidido pela aplicação dos princípios e da *Lex Mercatoria*, esta deve ser respeitada, e como se faz lei entre as partes, respeitada, mediante possíveis sanções.

Já o princípio da internacionalidade garante a interpretação das disposições e conceitos dos Princípios de modo autônomo, ou seja, num contexto amplo e internacional e

²⁰⁸ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito civil brasileiro, volume:3. Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 20ªed. rev., aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002) e Projeto de Lei n. 6.960/2002. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 32

não num sentido que por causalidade lhes dê um determinado direito nacional,²⁰⁹ o que facilita a aplicação das regras emanadas do direito mercantil.

No que tange ao princípio da Boa-fé, este é um princípio básico do direito contratual como já visto, que evita o abuso por uma das partes e garante a confiança na relação contratual. Para aplicação da *Lex Mercatoria* num contrato internacional, este princípio deve ser levado em extrema consideração, já que, por se tratar de um direito apositivo, carece de confiança e respeito pela outra parte.

De acordo com Daiille Costa Toigo²¹⁰, a boa-fé prevista nos princípios UNIDROIT prevê que as partes devem proceder nos contratos de acordo com os *padrões comerciais razoáveis, comerciais razoáveis, e não de acordo com o conceito adotado pelos diversos Estados, devendo agir honestamente e com respeito à ordem moral.*

Um dos princípios UNIDROIT que dá mais suporte à aplicação da *Lex Mercatoria* é o princípio da primazia dos usos e das práticas, já que a *Lex Mercatoria* baseia-se nos usos e costumes do comércio internacional. O artigo 1.9 dispõe que mesmo que as partes não tenham consentido sua adoção, autoriza a aplicação dos usos e costumes nos contratos, desde que sejam costumes do comércio internacional, que sejam amplamente conhecidos e regularmente observados pelos contraentes no ramo comercial concernido e ainda deve ser sua aplicação razoável ao caso concreto.

ARTICLE 1.9 (USAGES AND PRACTICES)

(1) The parties are bound by any usage to which they have agreed and by any practices which they have established between themselves.

²⁰⁹ UNIDROIT. *Principles of International Commercial Contracts*. Rome, 1994, article 1.6 and the respective commentary, p. 14.

²¹⁰ TOIGO, Daiille Costa. *Os princípios do UNIDROIT aplicáveis aos contratos internacionais do comércio*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2678, 31 out. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17715>>. Acesso em: 7 maio 2017.

(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.

Diante da possibilidade de aplicação dos usos e costumes e da *Lex Mercatoria* nos contratos internacionais de acordo com os princípios UNIDROIT, falta uma maneira de garantir a sua eficácia especialmente frente às críticas que acompanham a *Lex Mercatoria* sobre a inexistência de coação daqueles que não cumprem com o acordado. A UNIDROIT busca superar essa situação através do princípio da sanção aos comportamentos desleais.

Segundo Toigo²¹¹ a finalidade deste princípio é de *penalizar os comportamentos desleais, incluindo até os ocorridos durante a fase pré-contratual*. De acordo com a autora os Princípios do UNIDROIT cuidam de questões que ultrapassam o âmbito da invalidade, sendo fundadas na ideia de erro, dolo ou fraude e coação. A autora ainda divide essas normas em três grupos: *“O primeiro grupo contempla disposições que “policiam” a conduta das partes, qualificando a utilização da cláusulas-padrão (artigos 2.1.20 e 2.1.21, e artigos 4.6) e prevenindo o abuso da posição contratual, com a anulação do contrato celebrado mediante fraude ou dolo (artigo 3.8) ou coação(artigo 3.9). O segundo compõe-se de normas que ‘policiam’ a substância do contrato, contemplando critérios para eliminar ou ajustar termos contratuais injustos, como os usos de comércio não-razoáveis (artigo 1.9) e as cláusulas de exoneração de responsabilidade (artigo 7.1.6). Finalmente, um terceiro grupo de normas “polícia” a combinação da injustiça processual e substancial, visando especificamente à vantagem excessiva (Gross disparity) ou lesão, prevista no artigo 3.10 dos Princípios, e que possibilita a anulação do contrato ou sua adaptação, a requerimento das partes”*.²¹²

Ao longo dos anos, a UNIDROIT elaborou diversas convenções que vieram a ser adotadas durante conferências diplomáticas que reuniram os Estados membros do Instituto,

²¹¹ TOIGO, Daiille Costa. Os princípios do UNIDROIT Acesso em: 7 maio 2017.

²¹² Ibidem.

a fim de debater e elaborar modelos sobre os mais diversos assuntos relacionados ao direito internacional privado²¹³, como por exemplo:

- Convenção relativa a uma lei uniforme sobre a venda internacional de bens (Haia, 1964)
- Convenção relativa a uma lei uniforme sobre a formação de contratos para a venda internacional de bens (Haia, 1964)
- Convenção Internacional sobre contratos de viagem (Bruxelas, 1970)
- Convenção relativa a uma lei uniforme para a forma de um testamento internacional (Washington, 1973)
- Convenção sobre agência na venda internacional de bens (Genebra, 1983)
- Convenção UNIDROIT sobre o *leasing* financeiro internacional (Ottawa, 1988)
- Convenção UNIDROIT sobre *factoring* internacional (Ottawa, 1988)
- Convenção UNIDROIT sobre objetos culturais roubados ou exportados ilegalmente (Roma, 1995)
- Convenção sobre garantias internacionais dos equipamentos móveis (Cidade do Cabo, 2001)
- Protocolo relativo às questões específicas dos equipamentos aeronáuticos à Convenção sobre garantias internacionais dos equipamentos móveis (Cidade do Cabo, 2001)

Além das diversas convenções do Instituto, os princípios UNIDROIT serviram de modelo para a elaboração formal dos Princípios de Haia sobre a escolha da lei aplicável aos contratos do comércio internacional.

5.2 Os princípios da Haia sobre a escolha da lei aplicável aos contratos internacionais

Nos últimos anos, tem-se feito grandes esforços para harmonizar a escolha da lei em disputas comerciais internacionais. Este processo de harmonização não foi uma marcha

²¹³ Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado disponível em <https://pt.wikipedia.org/wiki/Instituto_Internacional_para_a_Unifica%C3%A7%C3%A3o_do_Direito_Privado>:, acesso em 30 de maio de 2017.

em linha reta em direção à uniformidade, mas sim um equilíbrio constante de concorrentes interesses dos Estados e das instituições.²¹⁴

O entendimento dos Estados em relação às normas de conflitos sempre pesa sobre a ordem pública e sua soberania, fazendo com que cada estado tenha um ponto de vista, difícil de se harmonizar com os demais Estados. Diante disto, as instituições buscam suprir essa necessidade, criando normas de *soft law* para obter essa harmonização.

Dentre as tentativas de harmonização realizadas por instituições, temos os Princípios da Haia sobre a Escolha da Lei Aplicável aos Contratos Internacionais, normas não vinculantes, que buscam uniformizar as regras de escolha da lei aplicável nos contratos internacionais.

A Conferência de Haia de Direito Internacional Privado, para elaboração dos princípios, primeiramente elaborou um estudo comparativo sobre as regras de conflito utilizadas no contencioso judicial e no da arbitragem internacional, e posteriormente enviou um questionário aos países-membros da Conferência de Haia, à Câmara de Comércio Internacional e a um grande número de entidades envolvidas com arbitragem internacional, objetivando averiguar como as cláusulas de lei aplicável eram utilizadas na prática comercial internacional, para assim elaborar um instrumento superando problemas do atual sistema.²¹⁵

Fundamentando-se principalmente na autonomia da vontade das partes, os princípios possuem como público alvo os operadores do comércio internacional, advogados militantes na área, bem como servir com base para decisões arbitrais tendo em vista a flexibilidade dos árbitros, principalmente no que tange à escolha da lei aplicável.

²¹⁴ MELO, Felipe Sartório de, *Os Princípios Da Haia sobre a escolha da lei aplicável aos contratos internacionais e a autonomia da vontade das partes: perspectivas da codificação do direito internacional privado em matéria de contratos comerciais internacionais*, v. 3, n. 3, Vitória, 2016, 2016., p. 2.

²¹⁵ ARAUJO, Nadia de, JUNIOR, Lauro Gama, *A Escolha Da Lei Aplicável Aos Contratos Do Comércio Internacional: Os Futuros Princípios Da Haia e Perspectivas Para o Brasil como Escritório Permanente Da Conferência De Haia De Direito Internacional Privado*, Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 34/2012, p.1-2.

Apesar de não serem aplicados diretamente pelas cortes estatais, os princípios podem servir de modelo para legisladores em países em que as normas eferente ao direito aplicável aos contratos internacionais é *inexistente, fragmentada* ou *antiquada*.²¹⁶

O documento formalmente escrito divide os princípios em 12 capítulos²¹⁷, dos quais nos limitaremos a abordar a liberdade de escolha da lei aplicável e sobre a superação das regras mandatória e da ordem pública.

Em relação à liberdade de escolha, ou autonomia da vontade das partes, o artigo 2 dos princípios assim dispõe:

Article 2 Freedom of choice

Paragraph 1- A contract is governed by the law chosen by the parties.

Paragraph 2 - The parties may choose – a) the law applicable to the whole contract or to only part of it; and b) different laws for different parts of the contract.

Paragraph 3- The choice may be made or modified at any time. A choice or modification made after the contract has been concluded shall not prejudice its formal validity or the rights of third parties.

Paragraph 4-No connection is required between the law chosen and the parties or their transaction.

O artigo acima estabelece a autonomia da vontade das partes no que tange à escolha da lei aplicável aos contratos, mas não prevê o método de determinação da lei aplicável em um contrato internacional, no caso de não haver uma declaração de vontade

²¹⁶ Ibidem,p. 4

²¹⁷ Que pode ser acessado em <<https://assets.hcch.net/upload/conventions/txt40en.pdf>>

das partes, sendo ela expressa ou tácita. Além disso, dispõe que a lei escolhida pelas partes podem reger todo o contrato, ou apenas parte dele, fazendo com que o mesmo contrato seja regido por mais de uma lei aplicável e que nenhuma conexão entre as partes e a lei escolhida é exigida.

No entanto, em seu artigo 11º, os princípios de Haia assumem que a autonomia das partes, reconhecida pelos princípios, não é absoluta. De acordo com a Instituição, este princípio, como já disposto por vários doutrinadores, encontra limites à sua aplicação nas normas imperativas e na ordem pública dos Estados. Todavia, diante desta situação, a lei escolhida pelas partes não é invalidada: continua a reger todo o contrato, com exceção da parte que afronta às normas imperativas ou a ordem pública. Neste caso a lei escolhida pode ser complementada ou substituída por outra por outra lei.

João Grandino Rodas²¹⁸, célebre jurista brasileiro, ao debater sobre os princípios de Haia, defender que aos contratos internacionais podem, em tese, ser aplicáveis normas originárias da prática de corporações comerciais dedicadas a segmentos específicos, como, a nova *Lex Mercatoria*. Além disto, faz uma crítica ao ordenamento jurídico brasileiro, que não aceita integralmente a autonomia da vontade das partes, argumentando ainda que a atualização das regras de Direito Internacional privado brasileiro sobre contratos comerciais internacionais diminuiria o “custo Brasil” e daria maior segurança jurídica.

Ante o exposto, concluímos que os princípios de Haia confirmam a autonomia da vontade como princípio mandatório para o desenvolvimento do comércio internacional, o que poderia ser de bom grado para a utilização da *Lex Mercatoria*. No entanto, os mesmos princípios se barram nos limites já expostos das leis imperativas e na Ordem Pública, podendo se pensar na fragmentação da lei aplicável aos contratos, aplicando por base a *Lex Mercatoria*, e suplementando-a com alguma lei estatal no que seja necessário.

²¹⁸ RODAS, João Grandino, *Olhar econômico: Princípios da Haia evidenciam insegurança brasileira em contratos internacionais*, disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-jun-11/olhar-economico-principios-haia-evidenciam-inseguranca-juridica-brasileira>>, Acesso em 1 de junho de 2016,

5.3 Formação dos contratos

O contrato internacional se coloca entre os ordenamentos jurídicos, não se fundamentando num ordenamento jurídico nacional seguro. Diante dessa pluralidade de normas e incertezas, normalmente as partes preferem realizar instrumentos contratuais contendo o máximo de normas possíveis para que o contrato se autorregule.

Para esta regulação, muitas vezes as partes preferem escolher uma uniformidade de regras que lhes dê uma base segura do que ver aplicado ao contrato um direito nacional pouco familiar, que possa dar vantagem a uma ou a outra parte.

De acordo com Francesco Sbordone²¹⁹, essa uniformidade pode ser encontrada nas convenções de direito material uniforme, como a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias²²⁰ e também nas regras extraestaduais, como a *Lex Mercatoria*. O interesse das partes podem ser obtidos através da redação de cláusulas particulares, representando o poder de autonomia das partes de preestabelecer o conteúdo do contrato, de escolher a lei aplicável e o julgador competente em caso de litígio.

Os contratos devem ser redigidos de maneira clara, a fim de evitar interpretações diversas. Bortolotti²²¹ atenta que as partes devem ler as cláusulas atentamente, com os olhos de uma contraparte que agiria de má-fé, para evitar que possíveis ambiguidades²²², garantindo sim o verdadeiro conteúdo aspirado pelas partes.

Sobre a redação dos contratos internacionais, atualmente existe uma tendência de integração interdisciplinar e conseqüentemente a autossuficiência do mesmo. Inspirado no *drafting-style* dos países anglo-saxônicos, os contratos predispõe o máximo de regras

²¹⁹ SBORDONE, Francesco, *Contratti Internazionali e Lex Mercatoria*, Edizione Scientifiche Italiane, Calabria, 2008, p.126.

²²⁰ Também conhecida como Convenção de Viena, de 1880.

²²¹ BORTOLOTTI, Fabio, *Diritto dei Contratti ...*, p. 82

²²² O autor ainda elenca o contrato escrito em língua estrangeira.

possíveis aplicadas a ele mesmo, buscando ser autossuficiente, se regulando completamente, incluindo instrumentos para resolver eventuais litígios, remédios e sanções.²²³

Sbordone²²⁴ sugere que a redação dos contratos internacionais deve seguir as seguintes exigências:

- a) *No caso de existirem termos frequentemente utilizados no contrato, fornecer uma primeira definição para evitar ter de especificar seu sentido a cada vez que sejam utilizados;*
- b) *Definir quais são as partes do contrato;*
- c) *Coordenar as cláusulas do contrato de maneira coesa para evitar contradições e incoerência;*
- d) *Atribuir à cláusula um significado claro, homogêneo, que possa reduzir a possibilidade de dúvida na sua interpretação;*
- e) *Esclarecer o sentido da operação contratual através de um “preâmbulo”, que constitua parte integrante do contrato;*
- f) *Indicar a língua oficial do contrato, a fim de evitar contradição e incoerência de significados de algumas cláusulas devido à dificuldade de tradução.*

Seguindo a mesma perspectiva, Bortolotti ensina que as cláusulas devem possuir uma sequência lógica e coesa, para evitar contradições ou repetições inúteis.²²⁵ O autor dá o exemplo de um costume anglo-saxão de usar letra maiúscula para diferenciar “O Produto” objeto do contrato, de outros produtos similares.²²⁶

Como conteúdo típico do contrato internacional, o autor assim elenca: preâmbulo, caracterização das partes e representantes legais, cláusula constando a data de entrada em

²²³ BIANCHI, M, SALUZO, D, *I contratti internazionali-I- Tecniche di redazione e clausule contrattuali*, Milano, 1998, p. 18..

²²⁴ SBORDONE, Francesco, *Contratti Internazionali ...* p.128.

²²⁵ Também conhecida como Convenção de Viena, de 1880.

²²⁵ BORTOLOTTI, Fabio, *Diritto dei Contratti ...*, p. 83.

²²⁶ *Ibidem...* p,83-84

vigor (e de término, se limitado), as cláusulas de força maior e de *hardship*, a cláusula penal, utilizada em casa de inadimplemento ou atraso no cumprimento das obrigações, cláusula versando sobre a possível resolução do contrato, cláusula de escolha sobre a lei aplicável, foro competente e arbitragem e por fim, uma cláusula final dispondo sobre modificações no contrato, acordos precedentes e cláusulas nulas.²²⁷

Já Sandra Yonekura²²⁸, entende que para a formação do contrato internacional, a primeira questão que deve ser observada deve ser a capacidade das partes, e em segundo plano a escolha da lei aplicável contrato, a qual, segundo a autora deve respeitar os limites da autonomia da vontade, como a ordem pública. Dentro das cláusulas típicas a autora cita a de eleição de foro e de arbitragem.

Como visto, grande parte da doutrina converge sobre as cláusulas típicas e regras de formação dos contratos internacionais do comércio. Estas regras nem sempre se fundamental em leis nacionais, mas nas práticas do comércio internacional, as quais são ratificadas através de princípios e convenções que buscam uniformizar as regras de direito internacional privado. As cláusulas de arbitragem e, principalmente, sobre a escolha da lei aplicável são essenciais para uma aplicação da *Lex Mercatoria* como lei regente dos contratos do comércio internacional.

7. POSICIONAMENTO DA MAGISTRATURA

A recepção de novos tipos contratuais não amparados pelas leis estatais está sendo realizada não pelo poder legislativo, mas através das decisões do poder judiciário. Contratos como o de *leasing, franchising, factoring*, que não possuem previsão expressa em grande parte dos ordenamentos jurídicos, são recepcionados internamente pelo poder

²²⁷ Ibidem, p. 86-120.

²²⁸ YONEKURA, Sandra Yuri, *O contrato Internacional*, disponível em < <https://jus.com.br/artigos/4527/o-contrato-internacional>>, Acesso em 01 de junho de 2017.

judiciário que fica encarregado de verificar sua regularidade conforme os padrões determinados pelo legislador²²⁹.

Ben-Hur Rava analisa de maneira precisa o novo papel da magistratura: “No momento em que decide sobre a validade de um modelo contratual uniformemente aplicado em grande parte do planeta, não está o julgador simplesmente verificando a sua regularidade, uma vez que praticamente inexistente marco legislativo para basilar tal julgamento. Naquele dado instante, o julgador decide não apenas se o modelo contratual atípico em questão está de acordo com as cláusulas gerais que postula o ordenamento jurídico, mas decide, principalmente, se o país a que pertence se insere ou não em determinadas práticas econômicas internacionais, até então estranhas ao seu país.”²³⁰

Nesse mesmo sentido Francesco Galgano ilustra: “Postura análoga encontra-se quando se trata de julgar sobre a validade dos contratos atípicos de grande difusão internacional aqui o juízo de mérito dos interesses perseguidos, exigido pelo direito interno, é influenciado pela uniformidade internacional do modelo contratual. Conquanto o juiz deva, a rigor, exprimir esse juízo com base em seu ordenamento, ele hesita em julgar inválido com fundamento nesse ordenamento, um modelo contratual em todo lugar reconhecido como válido. Ele está consciente do isolamento econômico no qual, de outro modo, colocaria o próprio país no contexto dos mercados internacionais; será levado a exprimir o juízo de mérito não em respeito unicamente ao ordenamento interno, mas com referência aos princípios aceitos nas ‘nações de cultura afim’: o que é válido em todas essas nações não pode não ser válido na nossa nação”²³¹

Ao analisar se determinado país se insere em determinadas práticas econômicas, e verificar a possibilidade de uniformização contratual através dessas práticas, o poder

²²⁹ RAVA, Luciano da Ros Ben-Hur, *Posicionamentos da magistratura brasileira: sobre a nova lex mercatoria*, disponível em < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3267#_ftn32>, Acesso em 14 de maio de 2017.

²³⁰ Ibidem.

²³¹ GALGANO, Francesco, “Diritto ed economia alle soglie del nuovo millenni,” in: *Contrato e impresa.*, v. 17, n. 1, Padova, 2000, p.201.

judiciário passa a discutir a possibilidade de aplicação da nova *Lex Mercatoria*, mesmo que o poder legislativo não tenha se manifestado expressamente sobre o fenômeno.

No direito brasileiro, apesar de não haver nenhuma norma que preveja a aplicação da *Lex Mercatoria* e que, como já visto, limita a autonomia da vontade em relação à escolha da Lei aplicada aos contratos, a magistratura tende a recepcionar práticas internacionais a fim de homogeneizar a contratação internacional diante dos diversos sistemas jurídicos.

Além do STJ ter recepcionado contratos atípicos ao ordenamento interno, como é o caso do contrato de *leasing* e *franchising*, os ministros do Superior Tribunal Federal tem se pronunciado no sentido de buscar essa hegemonização.

Carmen Lúcia Silveira Ramos, Presidente do Superior Tribunal Federal brasileiro, entende que : "*Uma tentativa de avaliação das tendências para o futuro em matéria de direito positivado revela, no momento atual, que o rumo que se delineia é a transposição da descontinuidade jurídica característica da pluralidade de Estados modernos, com seus sistemas jurídicos fechados, isolados, para a realidade multinacional, para a sociedade sem fronteiras, seja em razão de intercâmbio mais intenso entre os homens, pela rapidez dos meios de comunicação e transportes, seja pela globalização econômica, aproximando os modelos políticos, econômicos e sociais. Este quadro poderá vir a caracterizar a superação da própria constitucionalização do direito privado, ou, pelo menos, poderá significar sua necessária repersonalização, no sentido de adaptar-se a este novo paradigma estrutural da sociedade. A superação da constitucionalização, em face do direito supranacional deve ser levada em conta, ao menos como uma possibilidade, na medida em que, numa sociedade sem fronteiras, a Constituição deixa de ser a norma de*

base, tornando-se um direito regional, sujeito à observância das regras estatuídas para toda a comunidade a respeito de determinado assunto”²³².

Em uma decisão de um recurso especial, o Ministro Teori Albino Zavascki, sobrepôs o ordenamento jurídico nacional, a fim de manter a hegemonia das relações comerciais internacionais: “Sendo o princípio da não-discriminação tributária adotado na ordem interna, deve ser adotado também na ordem internacional, sob pena de desvalorizarmos as relações internacionais e a melhor convivência entre os países”²³³.

O legislativo tem seguido na mesma direção: o Novo Código Civil Brasileiro – Lei 13105/2015, trouxe em seu artigo 190º e seguintes, a possibilidade de estipularem nos contratos mudanças nos procedimentos processuais, dispondo ainda que o juiz recusará sua aplicação apenas em caso de nulidade ou abuso praticados através dos contratos de adesão.

Art. 190.

Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

O Artigo 200 dispõe ainda sobre a vontade e a constituição de direitos:

²³² RAMOS, Carmem Lúcia Silveira, *A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteira*, in FACHIN, Luiz Edson, *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*, Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2000, p.18

²³³ Extraído do Recurso Especial n.º 426.945, da Primeira Turma do STJ.

Art. 200.

Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais.

Parágrafo único. A desistência da ação só produzirá efeitos após homologação judicial.

A possibilidade de escolha do procedimento processual foi inspirada na arbitragem e abriu espaço para um negócio jurídico processual. Esta possibilidade ainda é recente e pouco conhecida e utilizada no país, e se aplica aos procedimentos e não à lei aplicável aos contratos, mas ainda é uma grande vitória para que a vontade das partes seja reconhecida integralmente.

Em Portugal, também não há uma definição sobre a admissibilidade da *Lex Mercatoria* como lei aplicável aos contratos internacionais, no entanto, o Supremo Tribunal de Justiça tende a aceitar a validade de contratos legalmente atípicos, mas que sejam socialmente típicos, argumentando que a tipicidade social supõe "*a consciência de que os tipos assim criados venham a adquirir validade geral e justifica-se pela importância que os tipos em causa revistam na realidade social, atendendo à sua difusão e à função económico-social que desempenham*".²³⁴

Certo é que ainda não há uma manifestação expressa sobre o reconhecimento e aceitação da *Lex Mercatoria*, até mesmo pela pouca quantidade de processos judiciais relacionados ao tema, tendo em vista que a *Lex Mercatoria* se propaga através da arbitragem e normalmente corre sob o princípio do sigilo dos atos processuais. No entanto, importante destacar que também não existe obstrução expressa por parte do poder judiciário.

²³⁴ Acórdão 98A679 do Tribunal da Relação de Lisboa, de 9 de Julho de 1998, disponível em <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/8b363d809d80dc418025690a003deb75?OpenDocument>>, Acesso em de junho de 2017.

CONCLUSÃO

A globalização, apesar de ser um processo econômico e político, repercute instantaneamente no direito. Buscando superar as fronteiras nacionais, para que o comércio se torne transnacional, de forma dinâmica e menos burocráticas, os operadores do comércio internacional buscam uniformizar as práticas e normas que regem o comércio, o tornando mais simples, eficaz e seguro.

Afastando-se um pouco do posicionamento do judiciário, Giacomo Guarnera²³⁵, vice-presidente da Câmara de Comércio Ítalo-brasileira, acredita que apesar do conhecimento da Lex Mercatoria estar difundida no Brasil, ela ainda gera muitas dúvidas e insegurança, sendo pouco utilizada pelos operadores do comércio internacional, com exceção daqueles que operam com contratos de commodities, que estão sujeitos à variação do comércio internacional.

O processo de globalização, baseado nos ideais liberais, demanda que o comércio internacional funcione com a menor participação possível do Estado, especialmente pela complexidade e diferenças dos diversos ordenamentos jurídicos.

Almejando essa padronização, as empresas multinacionais, que hoje controlam o poder econômico mundial, iniciam a elaborar suas próprias regras, que se propagam pelas filiais ao redor do mundo, através de contratos elaborados pela Matriz.

A difusão desses contratos e a aceitação de práticas universalmente aceitas em determinadas operações econômicas foram determinantes para que se desse início a uniformização do direito relacionado ao comércio internacional. Essa uniformização ocorreu de modo espontâneo a partir do momento em que os operadores do comércio

²³⁵ Em entrevista realizada em seu escritório em Milão, no dia 10 de fevereiro de 2017.

internacional verificaram que a pluralidade de normas nacionais não satisfaziam suas necessidades.

Diante deste contexto, surge a discussão sobre a existência da nova *Lex Mercatoria*: sendo impraticável a determinação de apenas um conceito, trataremos a *Lex Mercatoria* como normas uniformes baseadas nos usos e costumes do comércio internacional e na autonomia da vontade.

Alguns doutrinadores, como Berthold Goldman, jurista responsável por trazer a tona a nova concepção da *Lex Mercatoria*, defende que ela pode ser considerada um sistema autônomo, fechado e independente. Entendemos ser a *Lex Mercatoria* um sistema autônomo, anacional, mas que não compete com o ordenamento estatal: caminha ao seu lado.

Com fundamento no princípio da autonomia da vontade das partes, especialmente seguindo a corrente subjetiva, as partes possuem a liberdade de optarem pela lei aplicável das partes, e que esta lei pode ser a *Lex Mercatoria*. Por mais que esta escolha ainda encontre limitações, principalmente do que se refere à ordem pública, essas barreiras estão sendo superadas e em nosso entendimento, não exclui a possibilidade de aplicação, já que as partes podem optar pela aplicação da *Lex Mercatoria* ao contrato em geral, e pela aplicação de outros ordenamentos apenas no ponto em que encontra essas limitações.

Sabemos que dificilmente a *Lex Mercatoria* será amparada pelas cortes judiciais, já que estas prezam pela legislação nacional, no entanto, no âmbito arbitral, enxergamos um excelente meio para sua propagação.

A arbitragem tem se tornado cada vez mais utilizada como meio de resolução de conflitos pelos operadores do comércio internacional tendo em vista sua menor burocracia e custo, sua rapidez, sigilo e por possuírem julgadores especializados no tema em questão. Além disto, a maior flexibilização dos árbitros, principalmente no que tange a

possibilidade de escolha da lei aplicável aos contratos e por eles serem menos afetados pela questão da ordem pública, pode fazer valer a autonomia da vontade das partes e aplicar a *Lex Mercatoria* nos contratos internacionais.

A arbitragem pode ainda fomentar as fontes da *Lex Mercatoria*, criando uma jurisprudência arbitral, o que daria maior segurança ao negócio jurídico. Atualmente há inclusive uma discussão sobre a aplicação do princípio da publicidade nos procedimentos arbitrais, com o intuito de criar essa jurisprudência.

Ante a necessidade de uniformização das normas, mas sem a existência de normas positivas que amparem de forma satisfatória e segura os negócios internacionais, os membros do comércio internacional procuram uma forma de unificar as normas de Direito Internacional Privado, adaptando-as conforme às práticas do mercado internacional.

Desde o Século XX, as instituições privadas tem estudado e procurado uma forma de sistematizar e unificar as legislações referentes aos contratos internacionais, sendo a *Lex Mercatoria* um dos fundamentos destes projetos. Dentre eles podemos citar a Convenção sobre a lei aplicável às obrigações contratuais, A Convenção de Viena das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, os princípios UNIDROIT e os recentes princípios de Haia.

É inegável que a *Lex Mercatoria* está ganhando espaço e maior admissibilidade em todo o mundo, mas ainda não se pode falar em plena eficácia deste ordenamento. Entendemos existir a possibilidade para sua aplicação, especialmente diante da existência de convenções que buscam concretizar as práticas habituais dos mercadores. Apesar de serem regras de *soft law* não vinculantes, as normas não foram feitas ao acaso e podem, e devem ser levadas em considerações por juízes e árbitros para a tomada de decisões diante de uma resolução de conflito.

Para evitarem maior maiores problemas de conflito de normas, as partes devem buscar exprimir no contrato todos os direitos e deveres, exaurindo as situações possíveis, para que o contrato se torne autossuficiente, garantindo a vontade das partes e evitando a aplicação de uma norma que não lhes seja de conhecimento ou contrária às suas pretensões.

A autonomia da vontade das partes é ponto decisivo para a aplicação da *Lex Mercatoria* como lei aplicável aos contratos internacionais e felizmente, tem sido admitida em quase todos os ordenamentos, mesmo que com algumas restrições.

Infelizmente o Brasil se encontra no rol dos países em que não admite integralmente a aplicação da autonomia da vontade, não se podendo afirmar a existência da autonomia da vontade para a indicação da norma aplicável no Direito Internacional Privado. Esta questão prejudica o país nas relações comerciais internacionais, e sua própria economia, já que esta se baseia em exportação de produtos, principalmente agrícolas. Felizmente, os juristas brasileiros, inclusive ministros do STF, estão se posicionando no sentido de que diante de um mundo sem fronteiras, a constituição deixa de ser a norma base, e se deve levar em consideração as regras praticadas pela comunidade internacional relativas a um determinado assunto. Estendemos diante disso, que num futuro próximo, até mesmo o *Lex Mercatoria* poderá ser admitida pelo país.

BIBLIOGRAFIA

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso de Direito Comercial*, Vol. 1, 8ª edição, Edições Almedina, Coimbra, 2011.

ALMEIDA, Juliana Evangelista de, *A evolução histórica do conceito de contrato: em busca de um modelo democrático de contrato*, disponível em < http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11306>

AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do, *Direito do comércio internacional: aspectos fundamentais*. 2ª edição. São Paulo: Lex editora, 2006.

ARAÚJO, Nádia de, *Contratos Internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e Convenções Internacionais*, Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2004.

ARAÚJO, Nadia de, JUNIOR, Lauro Gama, *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*, Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 34/2012.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*, Editora Atlas, São Paulo, 2002.

BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos Internacionais*. São Paulo: Lex Editora, 2010.

BASSO, Maristela, *curso de direito internacional privado*, Editora Atlas, São Paulo, 2016.

BATISTA, Fábio dos Anjos Souza, BATISTA Flávio de Almeida Souza, *O Princípio da Autonomia da Vontade Nos Contratos Internacionais de Comércio: A Viabilidade No Direito Brasileiro*, Legis Augustus, Vol. 1, N.1, Rio de Janeiro, 2016.

BATISTA, Luiz Olavo, *Dos Contratos Internacionais: Uma Visão Teórica e Prática*, São Paulo, Saraiva Ed., 1994.

BERARDO, Telma. “Soberania, um Novo Conceito?”. in: Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, n. 40, p. 26-29, julho/set. 2002; MCGREW, Anthony. ”A global society?” in: HALL, Stuart; HELD, David; MCGREW, Antony. *Modernity and its futures*. Cambridge: Polity Press/Open University Press, 1992.

BERMAN, Harold J., DASSER, Felix J. *The “New” Law Merchant and the “Old”: sources, content and legitimacy. Lex Mercatoria and Arbitration: a discussion of the new law merchant*, Juris Publishing, 1997.

BIANCHI, M, SALUZO, D, *I contratti internazionali-1- Tecniche di redazione e clausole contrattuali*, Milano, 1998.

BONELL, Joachim Michael, *I principi UNIDROIT dei Contratti Commerciali Internazionali: un approccio nuovo alla disciplina dei contratti internazionali*, in *Contratti Commerciali Internazionali e Principi UNIDROIT*, Giuffrè, Milano, 1997.

BORN, Garry B., *International Arbitration: Law and Practice*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, Holanda, 2012.

BORTOLOTTI, Fabio, *Diritto dei Contratti Internazionali: Manuale di diritto commerciale internazionale*, CEDAM, Milano, 1997.

CALANDRELLI, Alcides, *Cuestiones del derecho internacional Privado*, 3 vols., Madri, 1913 .

CASTRO, Almir de, *Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro, 1996.

COELHO, Fábio Ulhoa, *Curso de Direito Comercial – Direito de Empresa*, 12ª edição, Vol. 3. , Editora Saraiva, São Paulo, 2011.

CORDEIRO, Douglas Alexander. *Revista Brasileira de Direito Internacional*, Curitiba, v.7, n.7, jan./jun.2008

COSTA, Emiliano Humberto Della,. *O processo de execução dos contratos internacionais*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2005, pp. 28-29. Disponível em: http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2006-09-12T112959Z3950/Publico/Emiliano.

CRUBELLATE, João Marcelo, *O itinerário da vontade na antropologia de Santo Agostinho*, Universidade Estadual de Maringá, Maringá, 2011.

DESCARTES, René. *Discurso sobre o Método*. São Paulo: Atena, 1971

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais*. Saraiva , São Paulo, 2008.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito civil brasileiro, volume: 3. Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 20ªed. revista e atualizada de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002) e Projeto de Lei n. 6.960/2002. Saraiva, São Paulo, 2004.

DREBES, Josué Scheer, *O Contrato Internacional à Luz do Direito Internacional Privado Brasileiro*, Revista Eletrônica de Direito Internacional, vol. 6, 2010.

ENGELBERG, Esther. *Contratos Internacionais do Comércio*. 2.edição. São Paulo: Atlas, 1997.

- FERRARESE, Maria Rosaria, *La lex mercatoria tra storia e attualità – da diritto dei mercanti a lex per tutti?*, in *Sociologia del Diritto*, v. 32, n. 2-3, 2005.
- FERRAZ, Daniel Amin, *Joint Venture e contratos internacionais*, Mandamentos, Belo Horizonte, 2001.
- FERREIRA, Rodrigo, *As fases do Direito Empresarial: Noções históricas da evolução do comércio e a sua influência para a formação do direito privado pátrio*. Disponível em: <<https://rfersantos.jusbrasil.com.br/artigos/193007827/as-fases-do-direito-empresarial>>
- FOIS, Paolo, *I valori fondamentali del nuovo diritto internazionale e il principio pacta sunt servanda*, *Rivista di Diritto Internazionale*, 2010
- FOUCHARD, Philippe, *L'arbitrage commercial international*, Dalloz, Paris, 1965.
- FRIGNANI, Aldo, *L'arbitrato commerciale internazionale – v. XXXIII – Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia diretto da Francesco Galgano*, Cedam, Padova, 2004.
- GAILLARD, Emmanuel, *Transnational Law – A Legal System or a Method of Decision Making?*, in *Arbitration International*, v. 17, n. 1, 2001.
- GALGANO, Francesco, “*Diritto ed economia alle soglie del nuovo millenni*,” in: *Contratto e impresa*, v. 17, n. 1, Padova, 2000.
- GALGANO, Francesco, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, I, Mulino, 2005.
- GALGANO, Francesco, *Lex Mercatoria*, Il Molino, 5a edição, Milano, 2010.
- GAMA E SILVA, Da ordem Pública em Direito Internacional Privado, São Paulo, 1944.
- GHERSI, Carlos Alberto. *Contratos: problemática moderna*. Mendoza: Cuyo, 1996.
- GIULIANO, Mario; LAGARDE, Paul, *Relazione sulla convenzione relativa alla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, in TREVES, T, *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, Padova, 1983.
- GOLDMAN, Berthold, *La Lex Mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives*, Clunet, 1979.
- GOLDMAN, Berthold, *Le droit des Sociétés internatinales*, in *Journal du Droit International*, 1963.
- GOLDMAN, Berthold, *Nouvelles Réflexions sur la Lex Mercatoria*, in *Festschrift Pierre Lalive*, Basel, Frankfurt, 1993.

GOLDMAN, Berthold. *Frontières du Droit et Lex Mercatoria*. In : *Archives de Philosophie du Droit*, v. 9, n. 9, 1964.

GOLDSTAJN, Aleksander, *The New Law Merchant*, in *Journal of Business Law*, 1961.

GOMES, ORLANDO e VARELA, ANTUNES. *Direito Econômico*, São Paulo, Saraiva, 1977

GOMES, Orlando, *Contratos*, 15ª edição, atualizada por Humberto Theodoro Júnior, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1995.

GOMES, Patrícia Maria da Silva, *Limites à aplicação do princípio da autonomia da vontade nos contratos internacionais do comércio*, disponível em <<http://dirittofacile.diritto.it/docs/32269-limites-aplica-o-do-princ-pio-da-autonomia-da-vontade-nos-contratos-internacionais-do-com-rcio?page=7>>

GOODE, Roy. *Usage and its reception in transnational commercial Law*. In: *International and Comparative Law Quarterly*, v. 46, jan. 1997.

GORENDER, Jacob, *Estratégias dos Estados nacionais diante do processo de globalização*, vol. 9 n°25, São Paulo, 1995, disponível em <<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40141995000300007>>

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida . *Distinção entre cláusula compromissória e compromisso arbitral no Brasil*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3090/distincao-entre-clausula-compromissoria-e-compromisso-arbitral>>.

INTERNACIONAL CHAMBER OF COMERCE – ICC, Disponível em: <<https://iccwbo.org/resources-for-business/incoterms-rules/>>

JR., Lauro Gama, *Os Princípios Do Unidroit Relativos Aos Contratos Do Comércio Internacional: Uma Nova Dimensão Harmonizadora Dos Contratos Internacionais*, disponível em <http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XXXIII_curso_derecho_internacional_2006_Lauro_Gama_Jr.pdf>

KANT, Immanuel, “*Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*”, Edição Brasileira, Victor Civitá, São Paulo, 1785.

KASSIS, Antonie ,*Théorie générale des usages du commerce – droit comparé, contrats et arbitrage internationaux, lex mercatoria*, Libr. générale de droit et de jurisprudence, Paris,1984.

KAUFFMAN, Bermann, *The Law of International Commercial Transactions*, 1978.LAGARDE, Paul, *Approche critique de la lex mercatoria*, in *Le droit des relations économiques internationales*,studes Offers a Berthold Goldman, Paris

LALIVE, Pierre, *Ordre Public Transnational (ou Réellement International) Et Arbitrage International*, trad. port. de CASELLA, Paulo Borba, *Ordem pública transnacional e arbitragem internacional – conteúdo e realidade da ordem pública transnacional na prática arbitral*, in Revista do Direito do Comércio e das Relações Internacionais, v. 1, n. 1, 1989.

LAMBERT, Edouard, 1928, Apud LY, Filip De, *International Business Law and Lex Mercatoria*, T.M.C. Asser Instituut – The Hague, Amsterdã, 1992. p. 208.

LANDO, O, *The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration*, 34 Int'l & Comp. L. Q., 1985.

LOBO, Paulo Luiz Neto, Direito do estado federado ante a globalização econômica, Revista de informação legislativa, v. 38, n. 151, jul./set. 2001, p. 96-108, disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/702>>.

LOWENFELD, Andreas F., *Lex Mercatoria: An Arbitrator's View, Lex Mercatoria and Arbitration: a discussion of the new law merchant*, Juris Publishing, 1997, p. 89.

LY, Filip De, *International Business Law and Lex Mercatoria*, T.M.C. Asser Instituut – The Hague, Amsterdã, 1992.

MARRELLA, Fabrizio, *La Nuova Lex Mercatoria – principi UNIDROIT ed usi de contratti del commercio internazionale*, CEDAM, Padova, 2003, p. 163.

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

MELO, Felipe Sartório de, *Os Princípios Da Haia sobre a escolha da lei aplicável aos contratos internacionais e a autonomia da vontade das partes: perspectivas da codificação do direito internacional privado em matéria de contratos comerciais internacionais*, v. 3, n. 3, Vitória, 2016, 2016.

MENDES, Armindo Ribeiro, *Sumários da disciplina de Práticas Arbitrais do mestrado forense da Universidade Católica, Introdução às práticas arbitrais*, disponível em <<http://arbitragem.pt/estudos/sumarios-praticas-arbitrais-mestrado-forense-da-catolica.pdf>>.

MUSTILI, Michael, *The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years*, Arb.Int'l 1988.

OSMAN, Filiali, *Les principes généraux de la Lex mercatoria: contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, Paris, 1992.

PINHEIRO, Luís de Lima, *Arbitragem Transnacional: Audeterminação do Estatuto da Arbitragem*, Almedina, Coimbra, 2005.

PINHEIRO, Luis de Lima, *Direito Comercial Internacional*, Almedina 2005.

PINHEIRO, Luís de Lima, *Joint Venture – contrato de empreendimento comum em direito internacional privado*, edições Cosmo Direito, Lisboa, 1998.

PIRES, Eduardo, ARAUJO, Neiva Cristina, *Lex Mercatoria e Arbitragem Internacional: Alternativas para regulação e solução de conflitos do comércio internacional*, Anais do XVIII Encontro Nacional do CONPEDI, Tema: “As Dimensões da Personalidade na Contemporaneidade” 02, 03 e 04 de julho de 2009, Maringá , 2009.

RAMOS, Carmem Lúcia Silveira , *IA constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteira*, in FACHIN, Luiz Edson, *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*, Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2000,RAO, Vicent, *Ato Juridico*, Sao Paulo, 1961.

VENTURA, Raúl, *Convenção de arbitragem*, Revista Ordem dos Advogados, Ano 46, Lisboa.

RAVA, Luciano da Ros Ben-Hur, *Posicionamentos da magistratura brasileira: sobre a nova lex mercatoria*, disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3267>.

REALE, Miguel, *Lições preliminares de Direito*, 27ª edição. Editora Saraiva, São Paulo, 2002

RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito Internacional Privado: teoria e prática*. 2.edição, atualizada., São Paulo: Saraiva, 1998.

RECHSTEINER, Walter Beat, *Arbitragem privada internacional no Brasil: depois da nova lei 9.307, de 23.09.1996 : teoria e prática*. 2ª edição, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001.

REIS, José Alberto dos, VILLELA, Machado. *Do Juízo arbitral*, no Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, ano VI.

RENOFIO, Fernando Rafael Zilio, *Lex Mercatoria nos contratos internacionais*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2006.

RODAS, João Grandino, *Olhar econômico: Princípios da Haia evidenciam insegurança brasileira em contratos internacionais*, disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-jun-11/olhar-economico-principios-haia-evidenciam-inseguranca-juridica-brasileira>>

RODRIGUES, Ricardo Alexandre Cardoso, *As fontes da nova lex mercatoria: O alvorecer de uma nova alquimia reflexiva - métodos e reflexos; fluxos e impulsos*, Revista Internacional de Estudios e Derecho Procesal y Arbitrage, n1, 2016.

RODRIGUES, Silvio, *Dos defeitos dos atos jurídicos – Do erro e do dolo*, São Paulo, 1959.

ROSETT, Arthur e GORDON, Michael W. *United States – national report*. In: BONELL, M. J. (edição.) *A New Approach to International Commercial Contracts – The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*. XVth International Congress of

Comparative Law (Bristol, 26 July – 1 August 1998), The Hague: Kluwer Law International, 1999.

SBORDONE, Francesco, *Contratti Internazionali e Lex Mercatoria*, Edizione Scientifiche Italiane, Calabria, 2008.

SCHMITTHOFF, C, "Nature and Evolution of the Transnational Law of Commercial Transactions", in *The Transnational Law of International Commercial Transactions*, vol. II. 22-23.

SCHMITTOFF, C., *International Business Law: a new Law Merchant, current Law and Social problems*, University Western Ontario, 1961.

SCHMITTOFF, C., *The unification of the law of international trade*, J.BUS.L, 1968.

SCHULZ, Alexandre Bueno, *Os contratos comerciais internacionais na sociedade pós-industrial: reflexões sobre a nova lex mercatoria*, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

SOARES, Julian Cuadal, *A revolução da Lex Mercatoria: origem, identidade e extensão*, Coimbra, 2006.

SOUSA, Iñaki Paiva de, *A Cláusula Compromissória no Direito Português- Questões relevantes de um negócio jurídico processual autónomo*, Lisboa, 2011, Disponível em <<http://arbitragem.pt/estudos/clausula-compromissoria-no-direito-portugues.pdf>>

SOUSA, Iñaki Paiva de, *O Direito Comercial Internacional, a Arbitragem e a Lex Mercatoria*, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2013.

STRENGER, Irineu, *Contratos internacionais do comércio*. 2 edição, São Paulo, 2003.

STRENGER, Irineu, *A Arbitragem como Modo de Inserção de Normas da Lex Mercatoria na Ordem Estatal*, Comitê Brasileiro de Arbitragem, – Nº 3 – Jul-Set/2004 – Doutrina Nacional, 2004, p. 9.

STRENGER, Irineu, *A Arbitragem como Modo de Inserção de Normas da Lex Mercatoria na Ordem Estatal*, Comitê Brasileiro de Arbitragem, – Nº 3 – Jul-Set/2004 – Doutrina Nacional, 2004, p. 9. STRENGER, Irineu, *Autonomia da Vontade em Direito Internacional Privado*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1968.

STRENGER, Irineu, *Contratos Internacionais do Comércio*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1986.

STRENGER, Irineu, *Direito do Comércio Internacional e Lex Mercatoria*, LTR, São Paulo, 1996.

STRENGER, Irineu. *Direito internacional privado*. 6ª edição, LTr, São Paulo, 2005.

THIRLWAY, Hugh, *The Sources of International Law*, Oxford, New York, 2014.

TOIGO, Daiille Costa. *Os princípios do UNIDROIT aplicáveis aos contratos internacionais do comércio*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2678, 31 out. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17715>>.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA, de 9 de Julho de 1998, disponível em <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/8b363d809d80dc418025690a003deb75?OpenDocument>>

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil, *Teoria geral das obrigações e Teoria geral dos contratos*, 8ª edição, editora atlas.

WIKIPEDIA - Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado disponível em <https://pt.wikipedia.org/wiki/Instituto_Internacional_para_a_Unifica%C3%A7%C3%A3o_do_Direito_Privado>.

YONEKURA, Sandra Yuri, *O contrato Internacional*, disponível em <<https://jus.com.br/artigos/4527/o-contrato-internacional>>.

ZIMMERMANN, Cirlena Luiza, *A autonomia da vontade e os contratos internacionais*, 2014, disponível em <<https://jus.com.br/artigos/26731/a-autonomia-da-vontade-e-os-contratos-internacionais/1>>

