

# *Revista Brasileira de Direito Civil*

**IBDCivil**

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO CIVIL

ISSN 2358-6974

**Volume 8**

**Abr / Jun 2016**

**Qualis B1**

**Doutrina Nacional** / Allan Rocha de Souza / Vitor de Azevedo Almeida Junior / Wemerton Monteiro Souza / Anna Cristina de Carvalho Rettore / Beatriz de Almeida Borges e Silva / Diego Carvalho Machado / Maria Goreth Macedo Valadares / Isadora Costa Ferreira

**Doutrina Estrangeira** / Ricardo Alexandre Cardoso Rodrigues

**Pareceres** / Luiz Gastão Paes de Barros Leães

**Vídeos e Áudios** / Ana Carla Harmatiuk Matos

# SEÇÃO DE DOCTRINA: Doutrina Estrangeira

## AS FONTES DA NOVA *LEX MERCATORIA*: O ALVORECER DE UMA NOVA ALQUIMIA REFLEXIVA - MÉTODOS E REFLEXOS; FLUXOS E IMPULSOS

### The sources of the new *lex mercatoria*: the dawn of a new reflective alchemy - methods and reflexes; flows and impulses

Ricardo Alexandre Cardoso Rodrigues

Doutorando em Ciências Jurídico-Económicas na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC). Investigador na Associação Portuguesa de Direito de Consumo (apDC), no Instituto Jurídico Portucalense (IJP), no Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos da Universidade do Minho (DH- CII - EDUM), no Centro de Investigação, Desenvolvimento e Inovação da Academia Militar (CINAMIL) e no Observatório de Economia e Gestão de Fraude (OBEGEF). Relator pro bono do Observatório dos Direitos Humanos. Jurista pro bono da Amnistia Internacional – Portugal.

#### Resumo

Nos últimos anos, por efeito dos processos de mundialização e globalização, extraordinárias modificações no plano político, social, empresarial, económico e financeiro tiveram lugar. O Homem, a sociedade e os mercados, hoje profundamente integrados, refletem as repercussões, diretas e indiretas, dos avanços e recuos dos tentáculos da Nova Ordem Mundial. A nova *lex mercatoria* apresenta-se como a melhor expressão destas mutações no comércio transnacional, pela sua natureza transnacional, dinâmica, revela-se intensamente multifacetada, pelo que constitui uma realidade jurídica open-ended ou in progress. No presente estudo procurámos desenvolver, cientificamente, aquilo a que chamamos, no plano das fontes, o núcleo duro da nova *lex mercatoria*, os seus diversos afloramentos, desenvolvimentos no curso da história. O desiderato fundamental desta investigação é através de um processo dinâmico de sistematização garantir aos juristas e interessados nestas temáticas um acesso esclarecido para uma profunda compreensão da sua natureza e amplitude.

#### Palavras chave

Nova *lex mercatoria*; comércio transnacional, fontes do direito.

#### Abstract

In recent years, the effect of mondialisation and globalization processes, extraordinary changes in the political, social, business, economic and financial plan took place. Man, society and markets, today deeply integrated, reflect direct and indirect impacts of the advances and retreats of the tentacles of the New World Order. The new *lex mercatoria* represents the best expression these transmutations in transnational trade, by their transnational nature, dynamic, reveals itself intensely multifaceted, reason why constitutes a legal reality open-ended or in progress. In this study, we intend to develop, scientifically, what it designates be, in the plane of legal sources, the hard nucleus of new law merchant, their various embodiments and developments in the course of history. The fundamental aim of this research is through an dynamic process of

systematization allow jurists and interested in these subjects enlightened access for a deep understanding of its nature and extent.

### **Keywords**

New law merchant; transnational trade; legal sources

### **Introito<sup>1</sup>**

Desde o século XX que a economia internacional vem experimentando uma estrutural reconfiguração dos seus fundamentos pelas extraordinárias transformações desenvolvidas no plano político, social, empresarial, económico e financeiro que, em muito se devem aos processos de mundialização e globalização, tendentes a uma integração, genericamente global, dos tecidos e estruturas sociais, económicas e financeiras. Consequentemente, novos valores, princípios, dinâmicas, assumem, a ritmos vertiginosos, destaque, compondo a constelação de esquemas de um pluralismo valorativo integrado, emergente dos diversos influxos das várias comunidades planetárias.

A realidade económica hodierna já não se compadece com a rigidez, obscuridade, entre outras limitações próprias dos direitos Estaduais.

A dinâmica das operações mercantis num espaço tão fluído como o transnacional, a par dos riscos inerentes aos grandes investimentos, pressupõem, necessariamente, uma elevada segurança jurídica.

As expetativas dos operadores do mercado não poderão ser frustradas, razões de ordem económica, social, política e até cultural, motivam uma tutela eficiente dos interesses e necessidades do comércio transnacional.

A nova *lex mercatoria* enquanto verdadeira ordem jurídica dispõe dos instrumentos fundamentais à otimização das transações, com reflexo económico e financeiro imediato. Constitui o instrumento mais eficiente para a contratação internacional, seja enquanto corpo disciplinador por via Direta, como estrutura normativa a que se chegue pela Via indireta, ou como ordenamento jurídico coadjuvante. A nova *lex mercatoria* constitui o marco ideal da nova ordem económica transnacional.

---

<sup>1</sup> Para mais desenvolvimento *Vide* CARDOSO RODRIGUES, Ricardo Alexandre, *Regulação apositiva da contratação internacional – New law merchant*, Dissertação de Mestrado, Repositório FDULP, 2012, *in passim*. E as correspondentes referências.

Foi através da *lex mercatoria* – nos seus diferentes estádios evolutivos – que os operadores de mercado viram singrar as respetivas atividades comerciais no seio do seu setor de mercado.

Na antiguidade, passando pela Idade Média, pelo fim da Idade Moderna, pela Idade Contemporânea, a *lex mercatoria* provou a adaptabilidade e flexibilidade funcionais – à realidade espacial e temporal – que tanto a caracteriza.

A *lex mercatoria* remonta à Antiguidade, revelando-se, como estrutura autossuficiente em meados do século X-XI. Emergindo como *ius mercatorum* – essencialmente pelas fragilidades do Direito do Imperio Romano desagregado e das insuficiências dos Direitos feudais –, o Direito dos mercadores e o Direito das suas corporações, com uma natureza jurídica espontânea, tendo por base os usos e costumes do comércio local e internacional, regras de conduta (etc.), atingira a sua fase adulta no final da Idade Média.

Com o surgimento do Estado soberano, aparecem as primeiras codificações que absorveram para os seus dispositivos legais os normativos do direito dos mercadores, passando a aplicar-se como Direito Estadual. A partir dos séculos XVII e XVIII uma nova fase daquele Direito toma lugar.

Veem-se renascidas as suas formas e o seu conteúdo, exponencialmente mais vasto, mas também, mais coeso, mais sistemático.

Os contornos desta realidade ganham uma dimensão verdadeiramente internacional ou transnacional por efeito da globalização e mundialização hodiernas.

Para essa unicidade muito contribuíram os dois instrumentos de *soft law* mais marcantes no panorama do direito comercial internacional. Os Princípios UNIDROIT e os princípios LANDO.<sup>2,3</sup>

Com uma natureza não vinculativa, recorrendo a um jogo de influência, servindo de modelos de regulação, mas também, modelos interpretativos e integrativos, constituindo fonte de inspiração para legisladores, julgadores e interpretes.

A nova *lex mercatoria* ou *new law merchant* corresponde a um novo corpo normativo exuberantemente amplo, compreendendo: *usos e costumes, modelos*

---

<sup>2</sup> De notar, as potencialidades destes últimos princípios, seja como base para um futuro código europeu dos contratos seja para a edificação de uma verdadeira “infraestrutura” para a legislação, em matéria contratual, da União Europeia. Aliás, o reflexo dessa evolução está na criação de um Quadro Europeu Comum de Referência em matéria de contratos (QFR).

<sup>3</sup> Marcos aos quais dedicaremos especial atenção.

*jurídicos: contratos tipo e formulários standard, contratos auto-normativos, contratos atípicos (sobretudo os tipos sociais), jurisprudência, princípios gerais do direito e em especial os princípios gerais em matéria contratual, por último, direito harmonizado, unificado e uniforme da contratação internacional.*

Apresenta-se como uma realidade dinâmica, multidimensional, uma ordem jurídica *suis generis*.<sup>4,5</sup> Opinião fervorosamente combatida e apaixonadamente acolhida por diversos setores de opinião.<sup>6</sup>

Constitui uma realidade ampla, desenvolta, fluída, deveras eficiente, adequada às exigências do comércio transnacional. Um verdadeiro direito à margem dos demais sistemas jurídicos nacionais.

A mais preciosa manifestação da Nova Ordem Jurídica Mundial.

A composição hodierna da *new law merchant* é tão rica quanto complexa e interessante. Fruto da evolução dos tempos revela-se a partir do processo de sedimentação ou cristalização na vida mercantil.

É nosso ensejo, seguindo uma estratégia ensaística de captação histórico-dogmática, elucidar sobre os principais elementos constitutivos da realidade a estudo.<sup>7</sup> Partimos das primeiras (primitivas) manifestações do *ius mercatorum*, passando pelas formas de aprimoramento ou (re)modelação jurídico-normativa, logo depois pelos instrumentos de densificação ou cristalização operativa, finalmente pelos mecanismos de integração/ sistematização.

O presente estudo não ambiciona o esgotamento das temáticas levadas a discussão, nem, tão pouco, fecha a possibilidade a outras abordagens ou desenvolvimentos. Procura, antes, através de um delicado e refletido voto eclético retratar, por forma expressionista e até performativa, o nascimento e os universos de

---

<sup>4</sup> Partindo duma perspetiva sociológica do direito nos seus axiomas estruturais definimos – *in Regulação apositiva da contratação internacional – New law merchant, in passim*. E as correspondentes referências – nova *lex mercatoria* como direito apositivo [um direito sempre novíssimo, um direito vivo] da contratação internacional [com as devidas ressalvas ao seu âmbito de aplicação – bem mais amplo – visto estarmos no domínio da contratação internacional], um direito universal-setorial, eminentemente, espontâneo, criado segundo processos jurígenos específicos, constituído por um conjunto de esquemas normativos – autónomos e quasi-autónomos – e paranormativos dotados de eficácia na e para a business community. Em síntese, a regulação apositiva da contratação internacional. Um Direito que vive e revive a par do direito dos Estados e de outras revelações de direito que existem em constante interceção.

<sup>5</sup> Para mais desenvolvimento *Vide* CARDOSO RODRIGUES, Ricardo Alexandre, *Regulação apositiva da contratação internacional – New law merchant, in passim*. E as correspondentes referências.

<sup>6</sup> *In ibidem.. In passim*. E as correspondentes referências.

<sup>7</sup> Em termos técnicos *fontes*. De onde brotam todas as formas de disciplina apositiva mercantil transnacional. Ou, no fundo, *critérios jurídicos* da nova lei dos mercadores.

vidas da sempre novíssima *lex mercatória*, (re)descobrimo e (re)descodificando o seu real significado, sentido e amplitude, isto, a partir, dos seus elementos, cadência no devir histórico e respetivos desenvolvimentos. Garantindo, assim, por forma clara, objetiva e adequadamente contextualizada, aos apaixonados ou simplesmente interessados no discorrido e desenvolvido, um acesso esclarecido para uma profunda compreensão da realidade jurídica a estudo.

Passamos, desde já, a expor os seus mais marcantes elementos.

## 1. Usos e costumes do comércio internacional

Não poderemos deixar de relevar a importância daquilo que designamos como os primeiros passos da *lex mercatoria*.<sup>8</sup> No fundo os elementos constitutivos da sua base ou génese normativa. Falamos dos usos e costumes do comércio internacional.<sup>9,10,11</sup>

---

<sup>8</sup>Uma parte, muito reduzida, da nova *lex mercatoria* foi positivada pela via consuetudinária ou pela atividade normativa de alguns centros autónomos. Todavia consideramos que nem por isso na sua prática mercantil transnacional deixara de ser recorrentemente utilizada, pelo que iremos, também, considera-la no nosso estudo.

<sup>9</sup> Como sabemos existe uma distinção, mais ou menos, precisa da ideia de uso e de costume, entre nós, PIRES DE LIMA, F. A. / ANTUNES VARELA J. M., *Noções fundamentais de direito civil, Vol. I*, Coimbra, Coimbra Editora, 4.<sup>a</sup> ed., 1957, págs., 109-110; GALVÃO TELLES, *Introdução ao Estudo do Direito*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, págs. 81 e 96; DIAS MARQUES, J., *Introdução ao Estudo do Direito*, 4.<sup>a</sup> ed., Lisboa, 1972, pág. 206; CASTRO MENDES, J., *Introdução ao Estudo do Direito*, 3.<sup>a</sup> ed., Lisboa, 2010, pág. 109-111, *Vide*, também, nota de rodapé n.º 63; OLIVEIRA ASCENSÃO, *O direito. Introdução e teoria geral*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1978. págs. 218-219, 230-232; BAPTISTA MACHADO, J., *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, Coimbra, Almedina, 1990, págs. 158-159, 161, *Vide in fine*. MENEZES CORDEIRO, A., *Costume*, TUME, Enc. Polis, Vol. I, Lisboa, Verbo, 1983, pág. 1349. *Vide*, também, SANTOS JUSTO, A., *Introdução ao Estudo do Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, 6.<sup>a</sup> Ed., 2012, págs. 211-223; e BARBOSA RODRIGUES, LUÍS, *Manual de Introdução ao Direito: Interno e Internacional*, FORMALPRESS, 2011 págs. 165-169, sobre o costume internacional, *in ibidem*, págs 163-165.

<sup>10</sup> Diversos autores, defensores da *lex mercatoria*, qualificam estas regras de direito consuetudinário. Todavia, há autores que consideram que melhor será optar pela expressão *usos* quando pretendem referir-se à disciplina de origem costumeira, por duas ordens de razão: a primeira porque a distinção entre uso e costume é difícil devido aos obstáculos tidos pela busca de uma fronteira absoluta; a segunda, pelo facto de a expressão *usos*, ter sido, recorrentemente utilizada na sua aceção ampla, abarcando, assim, o fenómeno costumeiro. Neste sentido e tendo em consideração, somente, a prática arbitral e o enquadramento real da jurisprudência francesa. *Vide*. FOUCHARD, Ph., "Les usages, l'arbitre et le juge", in *Le droit des relations économiques internationales – Études offertes à Berthold Goldman*. Paris, Librairies Techniques, 1983, pág. 68.

<sup>11</sup> Preferimos recorrer à expressão "usos e costumes". Esta englobará as duas expressões, a prática mercantil mais vinculada no comércio transnacional. A diferença estará no grau e na amplitude da aceitação dessas práticas, que será tanto maior, no caso do costume, e tanto menor, no caso do mero uso. Atentamos, todavia, as características fundamentais destas práticas.

Implicam, como é sabido, uma prática reiterada e constante (elemento material), a que se acrescerá a correspondente aceitação, certeza ou convicção (da rotina, prática ou rito) subjetiva e socialmente assumida pelos elementos da comunidade mercantil, cuja dimensão da sua obrigatoriedade varia de acordo com o grau, nível ou dimensão da generalização ou projeção funcional (elemento psicológico: *opinio iuris vel necessitatis*).<sup>12,13, 14</sup> Certamente, a fonte mais pura e genuína, mas também mais fluída e mutável, acompanhando o *pulsar* do comércio no espaço transnacional. Não obstante, a sua volatilidade e dinamismo, que acabam, de certa forma, por obstaculizar a sua captação plena, motivando a energia de fações da doutrina mais céticas em torno da questão da prova efetiva da sua existência, os usos e costumes do comércio internacional têm sido, no decurso dos tempos, objeto de compilação levada a cabo por diversas agências e organizações internacionais<sup>15</sup> - sem menosprezar a valiosa colaboração fundamental das associações profissionais e corporativas nacionais<sup>16</sup> - procurando superar a sua diversidade, bem como estabelecer correspondências, ligações, critérios equivalentes, constituindo um tronco comum, visando um cânone, um padrão.<sup>17,18</sup> Desse trabalho intensivo resulta todo um processo de unificação do corpo normativo, que passará, também, pela supressão de ineficiências lógicas e teleológicas,

---

<sup>12</sup> Quando a lei de um Estado não se adapta às exigências do tráfico mercantil, os comerciantes não aguardam por forma passiva pela disciplina legal adequada, antes recorrem aos usos (*lato sensu*) *extra legem*, mais adequados àquelas exigências. O direito mercantil nasce por força do uso, não por força do impulso legislativo. Vide MARTINEZ CAÑELLAS. A., *Temas de Derecho Vivo*, Madrid, Civitas, 1978.

<sup>13</sup> Os usos mercantis que se traduzem em práticas reiteradas no mundo dos negócios, que revelam a observância por forma uniforme e generalizada de regras de conduta, ou *modus* de agir. ANTUNES, J. Engrácia, A., *Direito dos Contratos Comerciais*, Coimbra, Almedina, 2009, pág. 58

<sup>14</sup> Determinados ordenamentos jurídicos reconhecem a relevância dos “usos de comércio” no âmbito da contratação mercantil, como exemplo: o § 346 do “Handelsgesetzbuch” germânico. Para maiores desenvolvimentos, Vide ANTUNES, J. Engrácia, A., “Consuetudo Mercatorum” como Fonte do Direito Comercial”, in: 146 RDMIEF (2007), 7-22. In nota 52 ANTUNES, J. Engrácia, A., *Direito dos Contratos Comerciais*, Coimbra, Almedina, 2009, pág. 58.

<sup>15</sup> Vide DRAETTA, Ugo, “Gli Usi del Commercio Internazionale nella Formazione di Contratti Internazionali”, in: DRAETTA, Ugo/ VACCÀ, Cesare (dir.), “Fonti e Tipi del Contratto Internazionale”, Milão, EGEA, 1991, págs. 49-72.

<sup>16</sup> Vide FOUCHARD, Ph, *L'arbitrage commercial international*, Paris, Dalloz, 1965, pág. 410. P. ex. London Corn Trade Association, Substituída pela Grain and Feed Trade Association Limited of London – MUSTILL, Lord Justice, *The New Lex Mercatoria: The First Twenty- Five Years*, em Liber Amicorum for the Rt. Hon. Lord Wilberforce, Pc, CMG, OBE, QC, Oxford, Clarendon Press, 1987, pág. 159, n.º 37; Outras associações nacionais. KAHN, Ph., *La vente commerciale internationale*, Paris, Sirey, 1961, pág. 21; SIEHR, K., “Sachrecht im IPR, transnationales Recht und lex mercatoria”, in W. Holl– U. Klinke, *Internationales Privatrecht – Internationales Wirtschaftsrecht*, Colónia/Berlim/Bona/Mogúncia, Carl Heymanns Verlag, 1985, pág. 314 e n.º 63.

<sup>17</sup> Vide estudo sobre os usos e costumes do comércio internacional. KASSIS, A., “Théorie générale des usages de commerce”, LGDJ, Paris, 1984, págs. 159-220. Atente-se, no entanto, que se trata de um dos autores que nega o carácter substantivo da *lex mercatoria*.

<sup>18</sup> Constituindo aquilo a que podemos chamar usos codificados.

recriando-se, em certos casos, a harmonia jurídico-económica dos preceitos, potenciando-se, deste modo, a continuidade das relações jurídicas comerciais.

Os INCOTERMS<sup>19</sup> (ou termos do comércio internacional)<sup>20</sup> são, de facto, um bom testemunho do que se vem afirmando. Constituem regras oficiais da Câmara do Comércio Internacional de Paris (CCI)<sup>21</sup> para a interpretação de termos comerciais usados nos contratos relativos a transações transnacionais.<sup>22,23,24</sup> Um outro grande exemplo é o regime jurídico do crédito documentário<sup>25</sup> que se encontra, essencialmente, previsto nas Regras e Usos Uniformes sobre Créditos Documentários (CCI).<sup>26,27,28,29,30</sup> Constituem, hoje, disciplina jurídica uniforme de vocação

<sup>19</sup> Foi elaborada e publicada pela CCI em 1936 e sofreu sete revisões: 1953, 1967, 1976, 1980, 1990, 2000 e a versão 2010.

<sup>20</sup> Regras internacionais de interpretação uniforme da terminologia contratual comercial.

<sup>21</sup> Fundada em 1919.

<sup>22</sup> Especialmente para analisar das responsabilidades dos operadores envolvidos.

<sup>23</sup> Para TETLEY, no âmbito do Direito privado a avaria geral, o salvamento, afretamento e seguro marítimo, constituem dos princípios mais antigos, elaborados como resposta às dificuldades do comércio marítimo. Terão sido difundidas pelos países de tradição anglo-saxónica ou romano-germânica. A necessidade de unificação provocou na Europa Medieval o surgimento da *Lex mercatoria* transnacional, e como parte dela a *Lex marítima*. Sobre a história do Direito Marítimo e do “Almirantado”. TETLEY, William, “International Maritime and Admiralty Law” Québec, Éditions Yvon Blais, 2002, pág. 4 ; pág. 3-30.

<sup>24</sup> Vide site *International Chamber of Commerce (ICC)*, disponível em: <http://www.iccwbo.org>; Vide site *Portugal International Chamber of Commerce (Delegação Nacional Portuguesa da Câmara de Comércio Internacional)*, disponível em: <http://www.icc-portugal.com/>.

<sup>25</sup> Contrato atípico e inominado. Sobre a natureza jurídica Vide. PINA, C. COSTA, “Conceito, Estrutura e Natureza dos Créditos Documentários”, págs. 111 e ss. In: “Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Professor Doutor João Lumbrales”, págs. 95-117, Coimbra, Coimbra Editora, 2000. Vide também, UREBA, A. Alonso, “Naturaleza y Régimen der Crédito Documentário”, in: AAVV, “Contratos Bancários”, págs 437-490, Madrid, Civitas, 1992.

<sup>26</sup> CCI – Uniform Customs and Practice for Documentary Credits/ /2007 Revision. 2007, pág. . 66

<sup>27</sup> Adotadas em 1933, revistas em 1951, depois em 1962, mais tarde, em 1975, logo depois em 1983, seguidamente em 1993, em 1 e em 2007 (UCP600) sua última versão. In *Revista* > Ano 2007 > Ano 67 – Vol. I – Jan. 2007> Doutrina, MENEZES CORDEIRO A., *Créditos Documentários*, Disponível em: [http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe\\_artigo.aspx?idc=30777&idsc=59032&ida=59051](http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=30777&idsc=59032&ida=59051).

Consultado em : 19-02-2015.

<sup>28</sup> A respeito das duas últimas versões Vide. BYRNE, J., *The Comparison Between UCP500 and UCP600*, Institute of Banking Law and Practice, Montgomery, 2007. DURÁ, R. Marimón, “La Nueva Edición de las Reglas de la CCI para los Créditos Documentários”, in, 263 RDM, 2007, págs. 7-68.

<sup>29</sup> I – As Regras e Usos Uniformes sobre Crédito Documentário (RUU) constituem direito dispositivo para o qual as empresas remetem a regulação das suas relações contratuais plurilocalizadas, ao abrigo do princípio da liberdade contratual, enquanto expressão da denominada «*lex mercatoria*». II – A natureza jurídica dos créditos documentários, face à ausência da sua previsão legal, no ordenamento jurídico português, só pode ser encontrada, através do regime jurídico definido pelas RUU. Negrito nosso. In Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 1ª SECÇÃO, processo n.º 406/09.0YFLSB, em 22-09-2009.

<sup>30</sup> Sob a sua égide a CCI reconhece, já, todo um conjunto de documentos desenvolvidos pelos associados, com expressão significativa na prática mercantil internacional. Entre os quais: os Forwarders Certificate of Receipt (FCR); Forwarders Certificate of Transport (FTC); Negotiable Fiata Combined Transport Bill of Lading (FBL). Neste sentido Vide. GOODE, Roy, *Commercial Law*, Penguin, Middlesex / New York, 1982, págs. 566 e ss, Para mais desenvolvimentos a respeito. PINA, C. Costa, *Créditos Documentários* –

universal<sup>31,32</sup>. Existem, ainda, as regras uniformes relativas às cobranças (CCI) e as regras e usos uniformes para as garantias contratuais (CCI).<sup>33</sup>

Atente-se, que os usos e costumes do comércio internacional cristalizam-se, o mais das vezes, sectorialmente:

Esse processo passa pela especialização em diferentes setores do direito comercial Transnacional. Assim, e designadamente, no âmbito das construções, a *lex constructionis*,<sup>34</sup> no âmbito do comércio eletrónico, a *lex eletrónica, informática* ou *numérica*; no setor dos derivados do petróleo, gás e carvão, a *lex petrólia*,<sup>35</sup> no setor bancário, a *lex argentarium*; no concernente aos assuntos relacionados com o mar, a *lex marítima*.

## 2. Os modelos jurídicos: contratos-tipo e formulários *standard*

Os modelos jurídicos têm, também, especial importância no labor do comércio internacional.<sup>36</sup> Falamos dos contratos-tipo e dos formulários *standard*,<sup>37</sup> que na prática da contratação transnacional se materializam operando como condições contratuais gerais, correspondendo a parte ou mesmo à totalidade do contrato.

---

*As regras e Usos Uniformes da Câmara de Comércio Internacional e a Prática Bancária*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000.

<sup>31</sup> Neste sentido. EBERTH, Rolf, “Zur Rechtsnatur der Einheitlichen Richtlinien und Gebräuche für Dokumentenakkreditive”, in: “Festschrift für Karl-H. Neumayer”, Nomos, Baden-Baden, 1986, págs. 199-216; PINA, C. Costa, *Créditos Documentários – As regras e Usos Uniformes da CCI e a prática Bancária*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000.

<sup>32</sup> No mesmo sentido destacamos a seguinte jurisprudência. Acórdão STJ de 16-07-1970, in, 198 BMJ, 1970, págs. 163 – 172.

<sup>33</sup> Sobre as regras as uniformes relativas às cobranças e as regras uniformes para as garantias contratuais. Vide SACARRERA, Guardiola, E., *La Compraventa Internacional: Importaciones y exportaciones*. Barcelona, Bosch, Casa Editorial, S.A., 1994, págs. 23-24.

<sup>34</sup> Vide MOLINEAUX, CH., “Moving toward a Construction Lex Mercatoria: A Lex Constructionis”, *Journal of International Arbitration*, 1997, pág. 56.

<sup>35</sup> Vide BERGER, K., P., “The Relationship between the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the New Lex Mercatoria”, *Uniform Law Review*, 2000-1, págs. 153-170.

<sup>36</sup> Vide BAPTISTA, Luiz Olavo, *Les Joint ventures dans les relations internationales*, Doutorado, Paris, 1981, *in passim*.

<sup>37</sup> O contrato constitui, de facto e de direito, um elemento fundamental da *Lex mercatoria*. A sua centralidade tem como motivo o facto de corresponder a um instrumento adequado à configuração do mercado (físico e virtual), bem como, por ir de encontro às exigências jurídicas da globalização, atente-se o carácter apolítico. Vide FERRARESE, M<sup>o</sup>. R., “La lex mercatoria tra storia e attualità: da diritto dei mercanti a lex per tutti?”, *Sociologia del Diritto*, Milan, 2005, pág. 161. Vide, também, na mesma linha de entendimento. E. LOQUIN; L.RAVILLON, “La creation d’un espace juridique mondial. La volonté des operateurs vecteurs d’un droit mondialise”, in *La Mondialisation du Droit*. E. LOQUIN e C. KESSEDJIAN (dirs), Dijon Litec, CREDIMI, 2000, págs. 91 e ss.

Constituem, enquanto fonte, em termos globais, um mecanismo unificador, de facto, do conteúdo da nova *lex mercatoria*.<sup>38</sup>

Para alguns representam formas de expressão da prática mercantil.<sup>39,40</sup> Consideramos, todavia, que certos modelos jurídicos são fruto das práticas mercantis comumente aceites entre os operadores do comércio internacional nos diversos setores mercantis em que os mesmos se situam, como forma de disciplinar, eficientemente, os seus contratos. Não recorrem, por isso, aos critérios jurídicos dos direitos nacionais, aliás, pouco flexíveis, o mais das vezes, obsoletos, desajustados à dinâmica deste comércio.

---

<sup>38</sup> A harmonização tende a desenvolver-se através dos contratos elaborados por associações de operadores internacionais em determinados sectores ou produtos. MARTINEZ CAÑELLAS, A., *La interpretación y la integración de la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías de 11 de abril de 1980*, Granada, Ed. Comares, 2004, pág. 28. Natural será, que esses contratos tendam, de alguma forma, a favorecer os membros da associação que os elaborou.

<sup>39</sup> Ampliando o sentido de “usos do comércio internacional.” Os Contratos-tipo, elaborados por organizações socioprofissionais, constituiriam um instrumento uniformizador das condutas dos seus membros, no âmbito do respetivo setor mercantil. Neste sentido, cf. GOLDMAN, B., "Frontières du droit et «lex mercatoria»", in *Archives de philosophie du droit*, n.º 9 – Le droit subjectif en question, Paris, Sirey, 1964, pág. 180; FOUCHARD, Ph., "L'Etat face aux usages du commerce international", in *TCFDIP 1973/1975*, Paris, Dalloz, 1977, pág. 74; MARMOL, Ch. Del, "Les clauses contractuelles types, facteur d'unification du droit commercial", in *Liber Amicorum Baron Louis Frédéricq*, Vol. 1, Gand, Faculteit der Rechtsgeleerdheid te Gent, 1965, pág. 310; LOQUIN E., *L'amiable composition en droit comparé et international – Contribution à l'étude du non-droit dans l'arbitrage commercial*, Paris, Librairies Techniques, 1980, pág. 310. Infere-se do escrito por alguns autores que os contratos elaborados por organizações socioprofissionais identificam-se com os usos escritos, trata-se de documentos que consagram e ajustam as práticas adotadas no setor mercantil onde atuam aqueles membros. *Vide*. LOUSSOUARN, Yvon; BREDIN, Jean-Denis, *Droit du commerce international*. Paris, Sirey, 1969, pág. 46; SCHMITTHOFF, C., "The Law of International Trade, Its Growth, Formulation and Operation" ,in *The Sources of the Law of International Trade (With Special Reference to East-West Trade)*, Londres, Stevens & Sons, 1964, pág. 16; DAVID, R., *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris, Economica, 1982, pág. 485. Outros autores incluem os contratos tipo na *lex mercatoria*, mas não como fonte. Ela seria constituída por usos do comércio e aqueles contratos seriam “custom and usages.” *Vide* LANDO, O., “The lex mercatoria in International Commercial Arbitration”, in *International Comparative Law Quarterly ICLQ*, 1985, pág. 751. GOLDSTAJN, A., “Usages of trade and other autonomous rules of international trade according to the UN (1980) sales convention”, In *International sale of goods; Dubrovnik lectures*. Sarcevic, P. and P. Volken, eds. New York, Oceana, 1986, pág. 72.

<sup>40</sup> Também no sentido de ampliar o conteúdo da expressão “usos do comércio internacional”. A utilização generalizada das cláusulas *standard* para certos tipos contratuais, manifestaria uma atitude comum assumida pelos operadores do comércio transnacional no que concerne à necessidade de adotar soluções diversas daquelas que os direitos nacionais preconizam para os aspetos elencados nessas cláusulas. Aquelas cláusulas constituiriam fontes da *lex mercatoria* (em muitos casos contêm cláusulas de “força maior” e de *hardship* para contratos de longa duração). *Vide*, entre outros autores, GOLDMAN B., "La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage international: réalité et perspectives", *Clunet* Vol. 106 : 475-505, 1979, págs. 487 – 489; KAHN Ph., "'Lex mercatoria' et pratique des contrats internationaux : l'expérience française", in *Le contrat économique international – stabilité et évolution*, *Travaux des VII es Journées d'études juridiques Jean Dabin*, Bruxelas/Paris, Bruylant/Pedone, 1975, pág. 185 e ss, KAHN Ph., "Force majeure et contrats internationaux de longue durée", in *Jus et Societas – Essays in Tribute to Wolfgang Friedmann*, Haia/Boston/Londres, Martinus Nijhoff, 1979, pág. 200; ROBERT, J., *L'arbitrage – droit interne – droit international privé*, 5.ª edição, Paris, Dalloz, 1983, pág. 286; SCHMITTHOFF, C., "The Law (...)", *ob. cit.* pág. 16; GOLDSTAJN, A., "Usages of Trade (...)", *ob. cit.* pág. 72; LANDO, O., "The lex mercatoria (...)", *ob. cit.* pág. 751.

Atente-se o pragmatismo dos critérios e a natureza observacional do método edificador dos modelos.

As diversas instituições incumbidas de compilar estas práticas, e no intuito de prever todos os (eventuais) circunstancialismos contratuais, modelam-nas intensivamente a ponto de elencarem pormenores muito além dos seus caracteres constitutivos.<sup>41</sup>

Pretende-se com a sua elaboração a standardização dos contratos e a consequente divulgação através de modelos contratuais que correspondem, no fundo, a *fórmulas* contratuais.

O desiderato último será o de, paulatinamente, obter uma efetiva conversão, nos diversos setores de atividade mercantil, do uso do modelo em costume.<sup>42</sup>

As instituições coletoras, criadoras e promotoras dos modelos são, normalmente, associações ou organizações comerciais internacionais, v. g. a *London Corn Trade Association* (LCTA), que após fusão com a *London Cattle Food Association* (LCFA) institui a *Grain and Feed Trade Association* (GAFTA em 1971).<sup>43</sup>

A Comissão Económica para a Europa das Nações Unidas (ECE) ou *United Nations Economic Commission for Europe* (UNECE),<sup>44</sup> tem-se dedicado à formulação das condições gerais de venda por setores de atividade, tendo por base as diversas práticas mercantis.<sup>45,46,47</sup> Com especial relevo: “Maquinaria e outros

---

<sup>41</sup> Vide nota n.º 16, 17, 19

<sup>42</sup> Vide SACARRERA, Guardiola, E., *La Compraventa Internacional: Importaciones y exportaciones*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, S.A., 1994, pág. 24.

<sup>43</sup> Cf. The Bristol Corn & Feed Trade Association. Disponível em: <http://www.bcfta.org.uk/history.php>. Consultado em: 24-02-2015

<sup>44</sup> Conta com 56 Estados Membros.

<sup>45</sup> Entre outros autores, Vide KAHN, Ph., *La vente commerciale internationale*, Sirey, Paris, 1961, págs. 19 e ss.; KAHN, Ph., "L'interprétation des contrats internationaux", in Clunet, 1981, pág. 10; GOLDMAN, B., "Frontières (...)", *ob. cit.* pág. 181, GOLDMAN, B. "La Lex mercatoria (...)", *ob. cit.* pág. 478 ; LEVEL, P., "Le contrat dit sans loi", in ICFDIP 1964/1966, Paris, Dalloz, 1967, pág. 212 ; FOUCHARD, Ph., *L'arbitrage commercial international*, Paris, Dalloz, 1965, págs. 411– 412, FOUCHARD, Ph., "L'Etat face (...)", *ob. cit.* págs. 74–77; LOUSSOUARN, Yvon ; BREDIN, Jean-Denis, *Droit du commerce (...)*, *ob. cit.* págs. 47 – 48; VRIES H. de, "Le caracteres normatif des pratiques commerciales internationales", in Hommage à Frédéric Eisemann, Paris, CCI, 1978, págs. 120 – 124; EISEMANN, F., *Usages de la vente commerciale internationale – Incoterms: aujourd'hui et demain*, Paris, Editions Jupiter, 1980, págs. 43-45; SCHMITHOFF, C., "Das neue Recht des Welthandels", in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1964, págs. 64 a 68, SCHMITHOFF, C. "The Law (...)", *ob. cit.* págs. 16 – 18; LANDO, O. "The lex mercatoria (...)", *ob. cit.* págs. 750 – 751; GOLDSTAJN A. , "International conventions and standard contracts as means of escaping from the application of municipal law – 1", In *The sources of the law of international trade with special reference to East-West Trade*, Schmitthoff, C. M. ed., London , Stevens & Sons, 1964, pág. 116; LOQUIN, E., "L'amiable (...)", *ob. cit.* pág. 311.

<sup>46</sup> Site Institucional. – About Unece. Disponível em: <http://www.unece.org/about-unece.html>.

equipamentos mecânicos e elétricos;” “Bens de Consumo duradouros;” “Madeira”; Também, para a venda de cereais e combustíveis sólidos.<sup>48,49</sup>

No caso particular do contrato de engineering (global), para os contratos de construção de obra civil e contratos de trabalhos elétricos e mecânicos existe um modelo contratual FIDIC – instituído pela International Federation of Consulting Engineers (FIDIC) – relativo às denominadas *civil conditions of red book*.<sup>50,51</sup> Entre outras formas particulares de contratação, a instituição FIDIC criou, também, outros modelos contratuais (especializados): o modelo contratual de Prestação de Serviços (Cliente e Consultor) (*Client/Consultant Model Services Agreement*), designado de *white book*;<sup>52</sup> o modelo contratual de instalações e conceção - construção (*Plant and Design-Build*), denominado *yellow book*; o modelo para projetos “chave na mão” (*EPC/ Turnkey Projects*), chamado *silver book*,<sup>53</sup> e o modelo contratual ou contrato abreviado (*Short Form of Contract*), o *green book*.

A Instituição de Engenheiros Elétricos procedeu, também, à criação de formulários sobre condições gerais de contratos de exportação, tal como outras associações dos setores siderúrgico (*Bruksindustriföreningen*), da fundição – *Committe of European Foundry Association*. Na mesma esteira, as associações do setor das madeiras – Federação Belga do Comércio de Importação de Madeira, Associação Sueca de Exportadores de Madeira, Associação de proprietários de Serralharias Finlandesas, *Timber Trade Federation of the United Kingdom* – do algodão em rama – Centro Algodoeiro Nacional, *American Cotton Shippers Association* – do papel – *Finnish, Noorwegian and Swedish Papermakers Associations* – entre outros.<sup>54</sup>

---

Consultado em: 06-03-2015

<sup>47</sup> Fundada para promover a cooperação económica entre os Estados Membros. UNITED NATIONS ECONOMIC COMMISSION FOR EUROPE, Disponível em: <http://www.UNECE.org/ceci/welcome.html>, Consultado em: 24-02-2015.

<sup>48</sup> Sobre o fornecimento, montagem, importação e exportação de bens instrumentais; sobre a venda para importação e exportação de *bens de consumo duradouros* e de outros produtos de natureza industrial.

<sup>49</sup> Vide SACARRERA, Guardiola, E., *La Compraventa Internacional (...)*, *ob cit*, pág. 24.

<sup>50</sup> De que já existe uma tradução em português promovida pela Associação Portuguesa de Projetistas e Consultores (APPC), membro da Federação Internacional de Engenheiros Consultores (FIDIC), contando com a colaboração da sociedade de advogados Linklaters LLP Lisboa.

<sup>51</sup> A este modelo podem, no entanto, ser introduzidos princípios gerais ou que decidam incorporar cláusulas concretas como as de força maior ou *hardship*. Vide HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., *Los Contratos internacionales de construcción “llave en mano”*, Granada, Comares, 1999 pág. 385

<sup>52</sup> Já existe, também, em língua portuguesa.

<sup>53</sup> Já existe, também, em língua portuguesa.

<sup>54</sup> Vide SACARRERA, Guardiola, E., *La Compraventa Internacional (...)*, *ob. cit.*, págs. 24-25.

No âmbito do mercado financeiro salientamos as euro-emissões, que, por sua vez, constituem um verdadeiro quadro disciplinador de todo um conjunto de operações de especial relevo no espaço europeu,<sup>55</sup> bem como, o *master agreement*, contrato-quadro e os modelos contratuais em matéria de *swaps* (troca de posições jurídico-económicas entre operadores)<sup>56</sup> criados pela ISDA – *International Swaps and Derivates Association*.<sup>57</sup>

Finalmente, destacamos, ainda, as soluções uniformes e as regras *standard*, para os euromercados primário e secundário, criadas pelas *International Securities Market Association* – ISMA – anterior *Association of International Bond* – AIBD<sup>58</sup> – e *International Primary Market Association* – IPMA, desde Julho de 2005, *International Capital Market Association* – ICMA.<sup>59</sup>

Outras associações terão divulgado modelos de condições gerais no âmbito das atividades que representam, nomeadamente: *Grain and Feed Trade Association* (GAFTA), sobre contratos de venda e embarque de cereais;<sup>60</sup> *Association of West European Shipbuilders*, sobre contratos de construção de navios.<sup>61</sup>

Finalmente, as regras adotadas pelo Comité Marítimo Internacional, denominadas regras de Iorque – Antuérpia, destinadas a regular alguns aspetos das relações entre o armador, o proprietário da mercadoria, o afretador e as respetivas entidades seguradoras, no caso de avaria grossa (*general average*).<sup>62</sup>

---

<sup>55</sup> Vide KAHN, Ph, “Lex mercatoria et euro-obligations”, in *Law and International Trade – Festschrift für Clive M. Schmitthoff*, Frankfurt a. M., Athenäum Verlag, 1973, págs. 215 e ss. Vide também, Comissão Europeia, – o Livro Verde sobre a viabilidade da introdução de obrigações de estabilidade. Bruxelas, 23-11-2011 COM (2011) 818 final.

<sup>56</sup> Vide AIDAN, P., *Droit des marchés financiers. Reflexión sur les sources*, La Revue Banque, 2001, pág. 271.

<sup>57</sup> Vide site ISDA: <http://www2.isda.org/>.

<sup>58</sup> Vide site ICMA: <http://www.icmagroup.org/>. – História da ICMA. *In* *International Capital Market Association – ICMA*. Disponível em: <http://www.icmagroup.org/About-ICMA/Organisation/history.aspx>. Consultado em: 21-02-2015.

<sup>59</sup> *In ibidem*..

<sup>60</sup> A *Grain and Feed Trade Association* sobre o comércio internacional de grãos. Vide AIDAN, P., *Droit des (...)*, 2001, pág. 270. Sobre as Organizações de autorregulação setorial. Vide FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., *Ius mercatorum. Autoregulación y unificación del derecho de los negocios transnacionales*. Colegios Notariales de España, Madrid, 2003.

<sup>61</sup> Vide SACARRERA, Guardiola, E., *La Compraventa Internacional (...)*, *ob. cit.* pág. 24.

<sup>62</sup> Consiste na repartição dos prejuízos, sacrificando-se a carga com o objetivo de salvar a embarcação ou o restante da carga. Faz-se o rateio [divisão proporcional] entre os embarcadores dos prejuízos decorrentes do sacrifício. O sacrifício deverá ser equitativo e o perigo iminente e inevitável. Para além do perigo e da existência do sacrifício é necessário o sucesso da ação (total ou parcial). McDOWELL, Carl; GIBBIS, Helen, *Ocean Transportation*, Washington, Beard Books, 1999, pág. 333.

A uniformização contratual internacional aproxima, universaliza, e introduz o elemento eficiência ao tráfico comercial transnacional. Por outro lado, o reconhecimento da validade de um determinado tipo contratual, por parte de um grande número de países/entidades, redimensiona, esbate gradativamente os motivos equacionados pela jurisprudência, pondo em evidência /em destaque a invalidade de um dado contrato que não cumpra os cânones do direito interno,<sup>63</sup> sobretudo, quando questões de ordem pública não são, de todo, colocadas ou postas em discussão.

Sublinhamos, neste e noutros domínios, a *fundamentalidade* do papel dos técnicos e estudiosos da dogmática e da filosofia contemporâneas. No fundo, a importância crescente do “Homem Jurista –Homem Pensador” dos tempos atuais, seja na qualidade de legislador, de intérprete ou aplicador do direito no caso concreto. O pensador, o filósofo e o prático, que com os olhos postos no passado e os pés no presente, aponta vias, caminhos e perspectivas para os diversos edifícios normativos e correspondentes *dinâmicas*. De facto, o direito, em constante diálogo com o mundo, a vida e as pessoas, na sua especial, porque característica, relação de colisão-cooperação com as restantes ciências, vai encontrando a sua identidade, a sua autonomia, mas também recriando o seu papel na (re)definição do quadro de valores dirigido às necessidades de justiça, equidade, certeza, segurança, equilíbrio, harmonia que certa e determinada realidade reclama. Deste modo vai redimensionando os contornos, purificando os seus domínios.

Somos do entendimento de que no plano da contratação internacional – em exponencial crescimento – em quantidade e diversidade – deveras dinâmica, fluida, transversal, seguindo os impulsos dos ciclos económicos e financeiros, pelo que, em muito pouco, verdadeiramente categórica – os caracteres formais do racionalismo jurídico (puro) não estão habilitados a dar eficaz cumprimento a complexas necessidades de eficiência económica, acabando, nestes domínios, por se ver esbatido o alcance lógico e teleológico, bem como, em muitos casos, o cumprimento efetivo dos valores e princípios jurídicos (formais).

Um contrato comercial internacional cumpre um papel de natureza económica e/ou financeira direto, com relação ao implicados, e indireto por efeito da

---

<sup>63</sup> Neste sentido *Vide* MARTINEZ CAÑELLAS. A., *La interpretación y la integración de la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías de 11 de abril de 1980*, Granada, Comares, 2004, pág. 32

participação na vida económica de diferentes Estados, com diferentes graus de afetação social, económica, financeira e até cultural.

O valor jurídico de dada operação, associado ao valor económico dos interesses em jogo e consequente impacto nas diferentes esferas (implicadas e atingidas) de interesse permitir-nos-á balizar a mais-valia da introdução de critérios de racionalidade de cariz económico.

A tecnicidade, por um lado, a natureza, dinâmica e fluidez, por outro lado, características da realidade em discussão, exigem respostas com recurso à racionalidade jurídica e económica.<sup>64</sup> Pugnamos pela articulação destas duas construções lógicas na implementação de uma disciplina da contratação internacional, que não descurando os mais altos valores e princípios estruturantes do direito, em particular, do direito da contratação internacional, promova a eficiência negocial fitando o que na ciência económica se denomina de primeiro ótimo.

O singelo pressuposto económico de que as necessidades são, de facto, ilimitadas e os recursos são, na verdade, escassos, em alinhamento com o fator impacto – económico, financeiro e social – das decisões de natureza negocial, exige, pelo menos, uma reflexão para o exposto.

A articulação da racionalidade económica com a racionalidade jurídica promoverá o aumento e continuidade das operações negociais pela introdução do fator eficiência, simultaneamente, potenciará o desenvolvimento económico e financeiro eticamente sustentável, na promoção duma sociedade global mais justa e equilibrada.

No fundo, ambas as racionalidades se entrecruzam e cooperam na construção da solução mais adequada para o caso concreto.

### **3. Os contratos autorreguladores ou auto normativos (*self regulatory contracts*)**

Nascidos sob a égide do princípio da autonomia da vontade – reconhecido, por todos os ordenamentos jurídicos – (corolário fundamental do valor / princípio dignidade da pessoa humana) concretizada na liberdade contratual, na

---

<sup>64</sup> Para mais desenvolvimentos sobre a racionalidade económica *Vide* PAZ ARES, C., “Principio de eficiencia y derecho privado”, Estudios en homenaje a M. Broseta Pont. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995. Vol III, págs. 2843-2900.

decorrência da liberdade de disciplinar,<sup>65</sup> os contratos autorreguladores ou auto normativos (*self regulatory contracts*) revelam-se instrumentos negociais autónomos e independentes, porque, autodeterminados, autodisciplinados, intrinsecamente autossuficientes, intencionalmente blindados ao influxo regimentador dos Estados, porque estrategicamente garantidos, o mais das vezes, pela combinação de um compromisso arbitral – de equidade – ou recurso à composição amigável.

Configuram, por efeito do exposto, reais paradigmas das potencialidades negativas ou paralegalistas de um dado edifício normativo com relação à disciplina jurídica nacional, potencialmente, aplicável.<sup>66</sup>

Numa aceção mais ampla, poderão ser denominados “contratos sem lei”,<sup>67</sup> sempre que as esferas de interesse, deliberadamente, decidam subtrair o contrato à regimentação Estadual, e optem diretamente pela *lex mercatoria* nas suas diversas manifestações.<sup>68</sup>

Não obstante, as virtualidades positivas da celebração dum contrato desta natureza, mormente, o elevado grau de segurança e previsibilidade, pela minúcia que subjaz à sua edição vêm-se dramatizados os custos de transação associados para as esferas de interesse implicadas.

#### **4. Os contratos atípicos (sobretudo os tipos sociais)**

O comércio transnacional é muito rico no que toca à diversidade de figuras contratuais comerciais. Que ascendem a tipos contratuais transnacionais quando reveladores de uma fisionomia jurídica própria ou individualidade técnica e formal no que tange aos caracteres fundamentais do negócio jurídico em causa (1) e cumpram uma

---

<sup>65</sup>“Autonomia é o poder de dar-se um ordenamento. Neste sentido substancial, a autonomia privada significa que a ordem jurídica global admite que os particulares participem da construção da sua própria ordem jurídica, nos quadros embora da ordem jurídica global” in ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, *Teoria Geral do Direito Civil. Volume III. Acções e Factos Jurídicos*, Lisboa, s. ed., 1991/1992., pág. 39. Para mais desenvolvimentos, In *ibidem*, págs. 40- 42.

<sup>66</sup> Vide. MARTINEZ CAÑELLAS. A., *La interpretación y la integración de la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías de 11 de abril de 1980*, Granada, Comares, 2004, pág. 31

<sup>67</sup> Entenda-se lei (sentido amplo) e positiva.

<sup>68</sup> A propósito do *ius ingeniorum*. Vide MAYER, P., "Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence", *Revue Critique de Droit International Privé*, págs. 1-29, 349-388, 537-583, pág. 460.

função de natureza económica (2),<sup>69</sup> bem como de cariz social, dirigida à comunidade de mercadores, para a qual foi desenhada.

Vários são os tipos contratuais existentes no espaço transnacional: desde típicos (como a compra e venda<sup>70</sup> e a agência [no plano dos direitos nacionais]), verdadeiramente atípicos e inominados, reconduzíveis a tipos sociais ou não.<sup>71</sup>

Nos últimos tempos os contratos comerciais transnacionais designados como tipos sociais têm-se revelado uma elevada expressão no tráfico comercial transnacional, atendendo tanto à envergadura dos investimentos, como ao volume de contratos comerciais realizados. Referimo-nos, a título de exemplo, ao contrato de *global engineering* em todas as suas dimensões.<sup>72,73</sup> Trata-se de um contrato atípico face aos ordenamentos jurídicos nacionais, sem regulamentação jurídica específica e, por decorrência, inominado, sem “*nomem iuris*”.<sup>74</sup>

Outro exemplo de contratos com expressão no tráfico negocial, mas, sem um regime específico, pelo menos, no nosso ordenamento jurídico, é o de concessão comercial, ao qual se aplica, em tudo o que for de acordo com a sua natureza jurídica, o disposto para o contrato de agência (entre nós, o decreto-lei n.º 176/86, de 3 de Julho, com as alterações introduzida pelo Decreto-lei n.º 118/93, de 13 de Abril, pela necessidade de transpor, para o ordenamento jurídico nacional, a Diretiva do Conselho da Comunidade Europeia n.º 86/653/CEE, de 18 de Dezembro de 1986).<sup>75</sup>

A liberdade negocial de que dispõem os operadores do mercado (físico e virtual) transnacional (empresas multinacionais e transnacionais) possibilita-lhes usar da sua criatividade e fazer surgir novos instrumentos contratuais – através da

---

<sup>69</sup> Vide PAIS DE VASCONCELOS, Pedro, *Contratos Atípicos*, Coimbra, 1995, pág. 61.

<sup>70</sup> Tipicidade interna nos principais sistemas jurídicos estaduais e tipicidade internacional (ex.: Convenção de Viena de 1980 e Roma I)

<sup>71</sup> Segundo Lima Pinheiro, contrato de *joint venture* escapa a qualquer forma de tipificação social. LIMA PINHEIRO, *ob. cit.* pág. 37.

<sup>72</sup> Para mais desenvolvimentos. Vide CARDOSO RODRIGUES, Ricardo Alexandre, *O Contrato de Engineering: Algumas Reflexões (The Engineering Contract: Some Reflection)*, Setembro de 2014, Disponível na SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2545393>. E as referências.

<sup>73</sup> Um contrato muito conhecido no comércio internacional. CALVO CARAVACA, A.L. – CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. E OUTROS, *Derecho internacional privado, Vol. II*, Granada, Comares, 2000, pág. 394

<sup>74</sup> Vide MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, A. A. F. D. L., Lisboa, 1986 (reimpressão) e PESSOA JORGE, *Direito das Obrigações*, A.A.F.D.L., Lisboa, 1974, Págs. 174 e ss.; em sentido contrário, no entanto, cfr. Inocêncio Galvão Telles, *Manual dos Contratos em Geral*. 3.ª edição, Petrony, Lisboa, 1965, pág. 382, e *Direito das obrigações*. 6.ª Edição, Almedina, 1989, pág. 68.

<sup>75</sup> Também designados como “tipos do tráfico negocial”. Vide PAIS DE VASCONCELOS, *ob. cit.* pág. . 59 e ss. e LIMA PINHEIRO, *Contratos de Empreendimento Comum (Join Venture) em Direito Internacional Privado*, Lisboa, Almedina., 1998, págs. 72 e ss, e as referências.

prática reiterada de certa atividade no seio do comércio transnacional (usos e costumes contratuais) – mais adequados à dinâmica negocial do setor de atividade respectivo. A par dos operadores de mercado, os consultores de associações internacionais das diversas atividades empresariais desenvolvidas e constitutivas do mercado internacional.<sup>76</sup>

Este ato criativo tem muito de operativo, visto partir, a maior parte das vezes, da prática da atividade para a disciplina regulativa, constante do clausulado.

## 5. A jurisprudência, em particular a arbitral

A jurisprudência, em particular a arbitral,<sup>77</sup> tornou-se, desde cedo, um campo fértil para o desenvolvimento da *lex mercatoria*.

Estudos têm revelado, principalmente nos últimos anos, um significativo aumento do número de soluções – no todo ou em parte – autônomas desenvolvidas pela jurisprudência arbitral, que, a nosso ver, tanto deve ao contínuo labor dos juristas, técnicos/ especialistas, associações, mas, sobretudo, ao talento criativo, ao esforço de modelação normativa, empenho e resiliência dos juízes árbitros.<sup>78,79</sup>

A vida mercantil hodierna conta já com uma parte substancial dos operadores do comércio transnacional (empresas e corporações, ressalvando, talvez, as

---

<sup>76</sup> “En la escena actual del derecho, nada es más uniforme internacionalmente que el contrato atípico”. Vide GALGANO, F., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2005. Tradução espanhola por Roitman, H. y De La Colina, M<sup>a</sup>, *La globalización en el espejo del Derecho*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2005, pág. 106. E ainda, “Con la recepción jurisprudencial de los contratos atípicos internacionalmente uniformes se logra paulatinamente la uniformidad internacional del Derecho privado”, pág. 109.

<sup>77</sup> É intrinsecamente contratual, visto carecer de um acordo escrito entre outros requisitos processuais constantes na Convenção de Nova York de 1958 e na Lei Modelo da CNUDMI (Comissão das Nações Unidas para o direito mercantil internacional) sobre a arbitragem comercial internacional.

<sup>78</sup> Salientamos, entre tantos, o importante contributo do Prof. Dr. Klaus Peter Berger que no seu *Formalisierte oder “schleichende” Kodifizierung des transnationalen Wirtschaftsrecht*, Berlim e Nova Iorque, 1996, págs 217 e ss., apresenta uma lista de mais de sessenta regras, princípios e institutos constitutivos da *lex mercatoria*. Três anos depois, na sua obra, *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, A Haia, Londres e Boston, 1999, apresentara nova compilação e fomentara uma base de dados sobre a *lex mercatoria* (constituída, fundamentalmente, por documentos doutrinários e jurisprudência arbitral) – a *Central’s Transnational Law Digest & Bibliography*, Disponível em: <http://tladb.uni-koeln.de/TLDB.html>.

<sup>79</sup> Um outro contributo relevante, baseado na jurisprudência arbitral, destaca uma quantidade expressiva de soluções autônomas. CRAIG; PARK; PAULSSON, *International Chamber of Commerce arbitration*, Oceana Publications, 2000, págs. 642 e ss. Vide também. STEIN Ursula, *Lex Mercatoria. Realität und Theorie*, Francoforte-sobre-o-Meno, 1995 págs 156 e ss; LANDO, “Lex mercatoria 1985-1996”, in *Festschrift til Stig Strömholm*, V. II, 567-584, Uppsala, 1997, pág. 576.

grandes financeiras internacionais<sup>80</sup>) a recorrer à arbitragem do comércio transnacional para dirimir todos os litígios emergentes de contratos comerciais transnacionais, estipulando no próprio instrumento contratual uma cláusula de *electio iuris*.

Na verdade, o recurso à arbitragem emerge da latente necessidade de criar mecanismos contratuais habilitados a responder eficientemente às necessidades e às oscilações, fundamentalmente, económicas dos mercados internacionais.

A arbitragem enquanto instrumento ao serviço da eficiência e, conseqüente, continuidade das relações comerciais transnacionais destaca diversas vantagens, com as quais a judicatura Estadual não poderá competir por diversas ordens de razão, assim:<sup>81</sup> **a celeridade** (*cum grano salis*) – pela desburocratização e desformalização processuais. No que tange ao limite temporal, a atual LAV, impõe, salvo, convenção das partes em contrário, 12 meses, a contar da aceitação do último árbitro, como limite máximo para a existência de laudo arbitral (art. 43.º n.º1); **a flexibilidade** – as partes podem escolher: a instituição arbitral, os árbitros, o *iter* arbitral, o idioma, a lei disciplinadora da arbitragem e do mérito da causa; **a confidencialidade** – o procedimento arbitral é sigiloso e a decisão arbitral não é publicada, apenas não será assim se as esferas de interesse consentirem, ou se faltarem ao cumprimento (a publicitação é promovida pela respetiva Organização Empresarial e/ou, também, onde opere o centro arbitral); **a especialização dos árbitros** – são pessoas com habilitações em determinadas matérias. O juiz árbitro é o prático, o técnico, o jurista (...), apto a decidir questões que convocam múltiplos conhecimentos, seja de natureza tecnológica, científica, económica ou técnico-jurídica,<sup>82</sup> potenciando soluções equitativas, previsíveis, adequadas à tecnicidade do assunto; **a neutralidade**<sup>83</sup> – a arbitragem transnacionaliza o litígio, afastando a possibilidade de um determinado Estado, através dos seus tribunais judiciais, favorecer os seus próprios interesses; **a**

---

<sup>80</sup> Vide MORÁN GARCÍA, M. E., *Derecho de los mercados financieros internacionales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 307.

<sup>81</sup> LIMA PINHEIRO, *Direito Comercial Internacional*, Coimbra, Almedina, 2005, págs. 345-346; VICENTE, Dário Moura, *Portugal e a Arbitragem Internacional*, Janus, 2004; LUIZELLA Giardino B. Branco: [http://www.cbsg.com.br/pdf\\_publicacoes/arbitragem\\_nos\\_contratos\\_internacionais.pdf](http://www.cbsg.com.br/pdf_publicacoes/arbitragem_nos_contratos_internacionais.pdf)

<sup>82</sup> FERRER CORREIA, “Da arbitragem comercial internacional”, in *Temas de Direito Comercial. Arbitragem Comercial Internacional. Reconhecimento de Sentenças Estrangeiras. Conflitos de Leis*, Coimbra, 1989, págs. 173 e ss.

<sup>83</sup> Que é discutível, no entanto, se o árbitro for parcial no que concerne a determinadas matérias, ou mesmo se agir como representante de parte, violando as suas normas deontológicas. VICENTE, Dário Moura, *Da Arbitragem Comercial Internacional: Direito Aplicável ao mérito da causa*, Coimbra Editora, 1990, pág. 19.

**política de apoio institucional ao investimento externo** – a arbitragem enquanto forma alternativa de dirimir litígios<sup>84</sup> ocupar-se-á das relações materiais controvertidas de natureza económica, comercial e industrial, nascidas desses investimentos, descongestionando, dessa forma, os tribunais judiciais.

Atente-se que os árbitros transnacionais que estejam autorizados a julgar segundo a equidade [e a composição amigável] têm a faculdade de basear a sua decisão, tendo por base de sustentação *a nova lex mercatoria*, no entanto, deverão respeitar os limites mínimos do sentido de justiça.<sup>85</sup>

A equidade traduz a justiça material (não normativa) do caso concreto.<sup>86</sup> Que, tendencialmente, implica uma decisão que estabelece uma diferenciação das posições das esferas de interesse num binómio – vencedor e vencido. Diferentemente do que ocorre com a composição amigável, pressupõe um certo “equilíbrio dos interesses em jogo”, (art. 35.º da Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto / art. 39. n.º 3 da Lei n.º 63/2011 de 14 de Dezembro)<sup>87</sup> aliás, como acontece, por exemplo, no contrato de transação, no qual existem “recíprocas concessões” (art. 1248.º, n.º 1 do CC).

Seguindo a terminologia adotada por Boaventura Sousa Santos, na equidade haveria como que uma solução por “adjudicação”, cujo resultado é de soma zero, contrariamente ao que caracteriza a *composição amigável*, que apresenta uma

---

<sup>84</sup> O custo associado à arbitragem poderá ser, todavia, um obstáculo ou desvantagem. *In ibidem*. Vide a esse propósito, por exemplo, as preocupações demonstradas pela London Court of International Arbitration (LCIA). “In order to ensure cost-effective services, the LCIA’s administrative charges, and the fees charged by the tribunals it appoints, are not based on sums in issue. A registration fee is payable with the Request for Arbitration and, thereafter, hourly rates are applied by the arbitrators and by the LCIA.” In site Institucional – About the LCIA. Disponível em: <http://www.lcia.org/LCIA/Introduction.aspx>. Consultado em: 05-03-2012.

<sup>85</sup> Constituiriam uma vontade tácita das partes no sentido de a verem aplicada. GOLDMAN, B., “La lex mercatoria (...)”, *ob. cit.* págs. 480-481. A propósito dos Princípios UNIDROIT e LANDO, Lima Pinheiro considera que os árbitros poderão aplica-los – quando as partes entendam por bem que o seu litígio seja solucionado segundo os seus critérios – desde que o resultado da sua decisão não seja francamente injusto. LIMA PINHEIRO, *Direito Comercial Internacional*, *ob. cit.* pág. 195. Em opinião diferente. Lando, entre outros, entende que “[t]he lex mercatoria obliges the arbitrator to base his decision on the law Merchant even when equity might lead him to another result.” LANDO, O., “Lex mercatoria (...)”, *ob. cit.* págs. 754-755.

<sup>86</sup> Neste sentido Vide OLIVEIRA ASCENÇÃO J., *O Direito – Introdução e Teoria Geral – Uma Perspetiva Luso- Brasileira*, 9.ª edição revista, Coimbra, Almedina, 1995, pág. 223; MENEZES CORDEIRO, “A decisão segundo a equidade”, In *O Direito*, Ano 122.º, 1990-II, págs. 261-280.

<sup>87</sup>No mesmo sentido a Lei Modelo da UNCITRAL:

“O tribunal arbitral decidirá *ex aequo et bono* [equivalente à equidade] ou na qualidade de *amiable compositeur* apenas quando as partes o expressamente autorizarem” In Art. 28 n.º 3 da Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional.

solução com natureza de compromisso ou de “mediação”.<sup>88,89</sup> Não obstante esta distinção, entendemos por bem, nesta sede, considerar ambas equivalentes, visto que as concretas finalidades da composição do litígio devem ser casuisticamente aferidas. Apenas em sede arbitral o interprete/julgador desvendará qual a *justiça* reclamada no caso em apreciação. No entanto, no nosso entender, a equidade em sentido amplo oferece uma maior maleabilidade concetual e um carácter, substancialmente, mais jurígeno. A equidade porque direcionada à justiça do caso concreto pode muito bem apelar a uma justiça *stricto sensu* ou a uma justiça dirigida à composição dos interesses das partes.<sup>90</sup>

Relativamente à aplicação do complexo normativo por forma autónoma entendemos ser, de todo, uma consequência da conjuntura evolutiva económica e financeira e do carácter obsoleto, rígido, ultrapassado, dos direitos nacionais face às problemáticas inerentes às constantes transmutações globais. Entendemos que a nova *lex mercatoria* para além de um valioso instrumento ao serviço da integração do negócio jurídico, constitui um instrumento de regulação mais adequado às exigências da contratação internacional, visando suprir as incertezas a que conduz o método conflitual e a ineficácia dos direitos Estaduais.<sup>91</sup> O juiz árbitro apresenta uma forte linha de interseção relacional com a nova *lex mercatoria*, lembre-se que o árbitro não tem uma verdadeira *lex fori* e apresenta-se como o guardião dos interesses do comércio transnacional.

A propósito da via conflitual consideramos premente a transnacionalização das respetivas normas de conflitos no sentido de permitir aos

---

<sup>88</sup> SOUSA SANTOS, B., *O discurso e o poder – Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro, II – IURIDICA, Coimbra, Faculdade de Direito, 1979, págs. 245 e ss.

<sup>89</sup> Acerca da mediação *Vide* FERREIRA DE ALMEIDA, C., “Meios jurídicos de resolução de conflitos económicos, Boletim da Faculdade de Direito de Bissau”, n.º2, Setembro de 1993, págs. 179 e ss

<sup>90</sup> Clarificando, na contratação internacional existe uma certa autonomia dogmática nacional relativa aos preceitos supra mencionados. Esse sentido também sofrera as suas alterações, antes constituíam formas de liberar o tribunal arbitral de decidir segundo as regras de direito objetivo passando a constituir mecanismos que dispensa esse mesmo tribunal da aplicação de direito estadual. *Vide* DAVID, R., “Arbitrage et Droit compare”, in RIDC, 1959, pág. 15; KAHN, Ph., “La vente comercial (...)”, págs. 39 e ss ; FOUCHARD, Ph., *l’Arbitrage (...)*, *ob. cit.*, págs. 404 a 406; LEVEL, P., “Le contrat (...)”, *ob. cit.*, pág. 230, e LOUSSOUARN, Yvon ; BREDIN, Jean-Denis, “Droit du commerce (...)”, *ob. cit.* págs. 44 a 45.

<sup>91</sup> No mesmo sentido, GOLDMAN, B., “La lex mercatoria (...)”, *ob. cit.* págs. 484-485 e 492; LEW, J.D.M., *Applicable Law IN International Commercial Arbitration – A Study in Commercial Arbitration Awards*, Dobbs Ferry, New York/ Netherlands, Oceana Publications/Sijthoff & Noordhoff International Publishers, 1978, pág. 437.

operadores do comércio aplicar *a nova lex mercatoria* pela via conflitual, sempre que o conteúdo da lei restrinja à determinação de um direito Estadual – visto quando alude às expressões isoladas “direito” e “lei” não existir, a nosso ver, razões para afastar a sua aplicação (ex.: art. 41.º n.º 1 e 2 do Código Civil Português) – permitindo uma certa consolidação das diversas jurisprudências Estaduais e maior consonância de critérios jurídicos.

Finalmente, e com especial relevo, tocamos o *húmus* da efetividade da decisão arbitral,<sup>92</sup> a sua intangibilidade, efetiva decorrência da sua irrecorribilidade, aspeto revelado de uma certa autonomia institucional das instâncias arbitrais e segurança jurídica pela estabilização dos respetivos laudos arbitrais.<sup>93,94</sup>

Para diversos autores, as decisões arbitrais constituem um importante instrumento de revelação da *lex mercatoria*.<sup>95</sup> Diríamos de revelação, de (re)validação e novação.

---

<sup>92</sup> Segundo a Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional no art. 35 n.º 1: “A sentença arbitral, independentemente do país em que tenha sido proferida, será reconhecida como tendo força obrigatória e, mediante solicitação por escrito dirigida ao tribunal competente, será executada (...)”

<sup>93</sup> Nos termos do n.º 1 do art. 34 da Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional:

“ O recurso de uma sentença arbitral interposto num tribunal só pode revestir a forma de um pedido de anulação, nos termos dos parágrafos 2.º e 3.º do presente artigo.” O Conteúdo destes parágrafos apresentam requisitos muito apertados.

<sup>94</sup> Atente-se que:

“A sentença que se pronuncie sobre o fundo da causa ou que, sem conhecer deste, ponha termo ao processo arbitral, só é susceptível de recurso para o tribunal estadual competente no caso de as partes terem expressamente previsto tal possibilidade na convenção de arbitragem e desde que a causa não haja sido decidida segundo a equidade ou mediante composição amigável. Art. 39 n.º 4 da atual LAV.

<sup>95</sup> Assim KAHN, Ph., “La vente (...)”, *ob. cit.* pág. 41. Num estudo mais recente o autor, a propósito do papel dos laudos arbitrais na construção da *lex mercatoria*, afirma que “(l)e droit international économique reste avant tout un droit contractuel en tant que construction cohérente”. *In* – “Lex mercatoria’ et pratique”, pág. 209; FOUCHARD, Ph., *L’arbitrage (...)*, *ob. cit.*, pág. 446 e ss.; LOUSSOUARN, Yvon; BREDIN, Jean-Denis, *Droit du commerce (...)*, *ob. cit.* págs. 44 – 45; GOLDMAN, B., “La Lex mercatoria (...)”, *ob. cit.* págs. 491 – 497; LANDO, O. – “The Lex Mercatoria (...)”, *ob. cit.* págs. 751 –755; DERAIS, Y., *Les normes d’application immédiate dans la jurisprudence arbitrale*, *in Le droit des relations économiques internationales – Études offertes à Berthold Goldman*, Paris, Librairies Techniques, 1983, págs. 29-30. Em sentido contrário, atendendo à falta de coesão e de previsibilidade. *Vide* VERDERA Y TUELLS, E., “El ‘Pierce the Veil, arbitral de Yves Derains”, *in* RCEA, 1985, pág. 46; GODDARD, J. A., “El Jus gentium como derecho mercantil internacional”, *in* Boletín Mexicano de Derecho Comparado, 1986, pág. 437; Em sentido semelhante, DAVID, R., “Le droit du commerce international : une nouvelle tâche pour les législateurs nationaux ou une nouvelle « lex mercatoria »?”, *in* New Directions in International Trade Law, vol. I (reports), Nova Iorque, Oceana Publications, 1977, págs. 16-17. Para este autor a criação da *lex mercatoria* pela via arbitral seria possível, apenas, no seio de certos setores do mercado transnacional (num estudo mais recente depreende-se que exclua a hipótese dessa criação pela via arbitral) DAVID, R., *L’arbitrage (...)*, *ob. cit.* pág. 485.

Para GOLDMAN, no que respeita à disciplina material de determinadas questões jurídicas, seria possível extrair do conteúdo dos laudos arbitrais soluções jurídicas idênticas entre si.<sup>96,97,98</sup>

Aquele autor entende que caberia à jurisprudência arbitral um importantíssimo papel no processo de descoberta, revelação, florescimento, desenvolvimento da *lex mercatoria*. Em particular no que tange aos princípios – segundo as suas palavras, os princípios gerais de direito relativos às relações comerciais internacionais e os princípios comuns aos vários sistemas jurídicos nacionais – e respetiva concretização.<sup>99</sup>

Da análise da jurisprudência arbitral levantaram-se imensas discussões acerca da aplicabilidade, ao contrato transnacional, da nova *lex mercatoria*.<sup>100</sup> No que

---

<sup>96</sup> Vide GOLDMAN, "La lex mercatoria (...)", *ob. cit.* págs. 493-497.

<sup>97</sup> O mesmo se passa com os critérios escolhidos segundo a via conflitual ou indireta. A prática arbitral nem sempre afasta a via conflitual na regimentação das relações materiais controvertidas. No entanto, optam por critérios distintos dos dos ordenamentos jurídicos dos Estados. Nesta linha de raciocínio, alguns autores, incluem, ainda que a título excecional, aos elementos da nova *lex mercatoria*, o Direito internacional privado da *lex mercatoria*, constituído pelos critérios, originais, adotados pelos árbitros para a determinação do direito aplicável ao fundo da causa. Vide GOLDMAN, B., "La lex mercatoria (...)", *ob. cit.* págs. 491-492; Vide LALIVE, P., "Les règles de conflit de lois appliquées au fond du litige par l'arbitre international siégeant en Suisse, in L'arbitrage international privé et la Suisse", Colloque des 2 et 3 avril 1976, Genebra, Georg- Librairie de l'Université, 1977, págs. 90 e ss. Fazendo referência à 'Lex mercatoria' of conflitual rules", num prisma futurista. Vide MEHREN, A.T. Von, "To What Extent is International Commercial Arbitration Autonomous?", in Le droit des relations économiques internationales – Études offertes à Berthold Goldman, Paris, Librairies Techniques, 1983, pág. 227. *Consideramos que a nova lex mercatoria é de natureza material, e poderá eventualmente socorrer-se de um Direito que lhe é paralelo no sentido de complementar a sua disciplina, nomeadamente, em aspetos vitais para o contrato. Nesta linha de pensamento, entendemos estarem compreendidos na nova lex mercatoria todos aqueles critérios jurídicos conflituais originais, essencialmente, fundados em princípios do comércio transnacional, que através do seu modus operandi visem a completude regulativa de um contrato comercial transnacional. Todavia este método teria sempre carácter subsidiário.* Negrito e itálico nossos.

<sup>98</sup> Vide notas 77 e 78.

<sup>99</sup> Aplicação do Princípio da Boa-fé – CCI, n.º 2443, 1976; o princípio *Pacta sunt servanda* – CCI, n.º 2404, 1975, n.º 2438, 1975. Sobre a jurisprudência que confirma a existência de usos próprios do comércio internacional. Vide MIMOSO, Maria João, *A justiça arbitral na composição dos litígios do comércio internacional*, Tese de Mestrado [Texto policopiado], Lisboa, 1994, pág. 139, nota n.º 127.

<sup>100</sup> Na verdade ainda predomina a tese de que todo o contrato está, intrinsecamente, conectado a uma ordem jurídica específica, razão pela qual deverá aplicar-se o direito do Estado eleito pelas esferas de interesse. Facto que, em virtude da desmaterialização de diversas realidades fruto da evolução tecnológica e científica, é desprovida de qualquer sentido, atente-se, por exemplo a aquisição de *software* construídos numa plataforma online e em rede e um serviço de distribuição online (planetário) e em rede para os mesmos produtos. Não obstante, a jurisprudência francesa, no caso *Valenciana de Cementos*, através da sentença da *Cour d'appel* de Paris datada a 13 de Julho de 1989, confirmada pela *Cour de Cassation* em 1991, entender que nos casos em que as partes não designam o direito aplicável ao contrato e os árbitros decidam aplicar a *lex mercatoria* (nas suas expressões) o juiz Estadual não poderá operar uma revisão da escolha do árbitro quando a decide aplicar. Vide caso anterior Fougérolle y Norsolor. Também na jurisprudência italiana. Vide GALGANO, F., *La globalización en el espejo del Derecho*, Rubinzal, Buenos Aires, 2005, págs. 69-70.

tange à sua aplicação efetiva, esta poderá operar autonomamente, por decorrência da escolha de lei<sup>101</sup> e por forma heterónoma, quando nasce da decisão do árbitro em detrimento da vontade das esferas de interesses.<sup>102</sup>

O recurso à arbitragem, como forma alternativa de dirimir litígios, é uma das manifestações que melhor exprime a independência do comércio transnacional. O conteúdo das decisões arbitrais constitui o melhor repositório para justificar a *lex mercatoria*. Por outro lado, a arbitragem é um instrumento capaz de justificar a importância da instituição de uma *Lex mercatoria*, enfatizando o gradual afastamento das leis nacionais e das jurisdições estaduais.<sup>103</sup>

Estima-se que em cerca de 90% dos contratos comerciais internacionais exista cláusula arbitral.<sup>104</sup> Todos os contratos internacionais *de global engineering*, apresentam-na no seu clausulado.<sup>105,106</sup>

---

<sup>101</sup> – A arbitragem comercial internacional representa uma via alternativa e resolução de litígios que, por isso, exclui que essa mesma resolução possa ter lugar na jurisdição estadual comum em que se integram os tribunais judiciais; – Se validamente convencionado o recurso à arbitragem, a determinação do direito aplicável à resolução do litígio "rege-se principalmente por regras e princípios próprios do Direito da Arbitragem Comercial Internacional", sendo permitido que as partes remetam para um Direito estadual, para o Direito Internacional Público, para a *lex mercatoria*, para "princípios gerais" ou para a equidade; In Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 05A2507, em 15-03-2005. A seguinte jurisprudência vai mais longe. I- Quando referida, a interesses do comércio internacional, a arbitragem designa-se por arbitragem internacional, podendo as partes escolher o direito a aplicar pelos árbitros, sendo que, na falta de escolha, o tribunal aplica o direito mais apropriado ao litígio. II- Se validamente convencionado o recurso à arbitragem, a determinação do direito aplicável à resolução do litígio "rege-se principalmente por regras e princípios próprios do Direito da Arbitragem Comercial Internacional", sendo permitido que as partes remetam para um Direito Estadual, para o Direito Internacional Público, para a *lex mercatoria*, para "princípios gerais" ou para a equidade. III- Não havendo designação expressa, "não há, em princípio, razão para as partes suporem que os árbitros decidirão o fundo da causa segundo o direito em vigor no lugar da arbitragem". Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 0636141, 11-01-2007.

<sup>102</sup> Vide PAMBOUKIS, Ch., *La Lex mercatoria reconsidéré. Le droit international privé : esprit et méthodes*, Melanges Paul Lagarde. Paris, Dalloz, 2005, pág. 619.

<sup>103</sup> Vide STRENGER, Irineu, *Direito do Comércio Internacional e Lex Mercatoria*. São Paulo, LTr., 1996, págs. 70-71.

<sup>104</sup> Vide GOTTWALD, Peter, "Internationale Schiedsgerichtsbarkeit", in *Internationale Schiedsgerichtsbarkeit*, org., por Peter GOTTWALD (CIT.) 3-160, 1997.pág. 3. Vide também. RECHSTEINER, Beat Walter, *A arbitragem privada internacional no Brasil*, São Paulo, RT, 2001, pág. 25; *Direito internacional privado: teoria e prática*. 6. ed. São Paulo, Saraiva, 2003. GARCEZ, José Maria Rossani, *Negociação, ADRs, Mediação e Arbitragem*. Rio de Janeiro, Ed. Lúmen Júris, 2003, pág.71. Cerca de 80 % dos conflitos mercantis são dirimidos por via arbitral.

<sup>105</sup> A par do transporte marítimo e na indústria do petróleo. In *ibidem*. Vide RECHSTEINER, Walter Beat, *Arbitragem privada internacional no Brasil: depois da nova lei 9.307, de 23.09.1996: Teoria e prática*, 2.ª Ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001.

<sup>106</sup> Ademais e segundo o Secretário do Tribunal de Arbitragem da CCI – relativamente às arbitragens CCI – estima-se que 90% das decisões arbitrais são executadas voluntariamente. CRAIG; PARK; PAULSSON, *Annotated Guide to the 1998 ICC Arbitration Rules*, Oceana Publications, 1998, págs 343, 404. Para o efeito, também, contribuiu, o controlo prévio do laudo arbitral, que por sua vez eleva a reputação do procedimento arbitral da CCI.

Como sabemos, as partes que não a tenham pré-estipulado poderão sempre, sob compromisso arbitral cometer o seu litígio atual, emergente de uma operação do comércio internacional, à arbitragem transnacional.

É, sem dúvida, no direito marítimo que a arbitragem adquire especial importância. Aí se exige, ao intérprete/julgador, conhecimentos muito específicos, a par das consequências inerentes à transnacionalização dos contratos mercantis.<sup>107</sup>

Em geral, os conflitos emergentes das relações jurídicas transnacionais exigem soluções pelo menos “eficazes e sumamente velozes.” Não esqueçamos que leis justas, não são suficientes para a criação de grandes nações. Também se impõe uma justiça rápida e pouco onerosa, sob pena de efetividade da justiça representar letra morta.<sup>108,109</sup>

São imensos os instrumentos internacionais que revelam a importância da *lex mercatoria* como instrumento capaz de responder às necessidades e interesses dos operadores do comércio internacional.<sup>110</sup>

## **6. Os princípios gerais de direito comuns às nações civilizadas, em especial em matéria contratual**

Os princípios gerais de direito comuns às “nações civilizadas” assumem grande relevo em sede da contratação internacional.<sup>111,112</sup> Podemos entende-

---

<sup>107</sup> Vide. SZKLAROWKSY, Leon, “Arbitragem Marítima”, *In* Revista Jurídica Consulex – Ano XII – n.º 277 – 31 de Julho de 2008. *In passim* Disponível em: <http://www.2ccago.com.br/up/arbitragem.pdf>. Acesso em: 03/03/2012.

<sup>108</sup> *In ibidem*.

<sup>109</sup> Entendemos que o aspeto da onerosidade deverá ser ponderado com as implicações da prolação da decisão judicial pelo Tribunal Estatal e conseqüente desgaste da relação entre os contratantes e o aumento do grau de afetação dos contratos paralelos. Porque nem sempre os gastos nas instâncias arbitrais p. ex. os honorários dos árbitros designados serão inferiores aos custos inerentes ao funcionamento da máquina judiciária Estatal. Todavia, poderão constituir uma segurança, pela eficiência. Contudo, a arbitragem *ad hoc*, em detrimento da institucional, deverá ser menos onerosa tendo em linha de comparação o valor das taxas administrativas pagas.

<sup>110</sup> A Convenção para a Resolução de Diferendos relativos a Investimentos entre Estados, de 18 de Março de 1965, art. 42 n.º 1: “O tribunal julgará o diferendo em conformidade com as regras de direito acordadas pelas partes. Na ausência de tal acordo, o tribunal deverá aplicar a lei do Estado contratante, parte no diferendo (também as regras conflituais), bem como os princípios de Direito Internacional aplicáveis.”; A lei modelo da CNUDCI, art. 28.º n.º 4, “em qualquer caso, o tribunal arbitral decidirá de acordo com as estipulações do contrato e terá em conta os usos do comércio aplicáveis à transação.”; a Convenção de Viena de 1980 sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, art. 9.º; o Regulamento de Arbitragem CNUDCI, no art. 17 n.º 2 (...)

<sup>111</sup> Segundo Lando, e com um certo grau de ambigüidade, seriam os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações comerciantes. LANDO, O., *The Law Applicable to the Merits of the Dispute*,

los como um procedimento de heterointegração positiva, assumindo-se, desta forma, a unidade sistemática da *lex mercatoria*. Exemplos elucidativos são: *liberdade contratual*, *boa-fé*, *pacta sunt servanda*, *venire contra factum proprium non valet*, *restitutio in integrum*, *culpa in contrahendo*, *qui tacet consentire videtur*, a *cláusula rebus sic stantibus*, *exceptio non adimplenti contractus*, dever de limitar os danos [também, proibição do enriquecimento sem causa, não execução de contratos e cláusulas gerais desleais ou injustas, o *favor negotii*] (...).<sup>113,114</sup>

Não esqueçamos a sua importância como diretrizes para qualquer ordem jurídica, como fundamentos e limites às suas normas jurídicas. Esse é o papel dos princípios gerais de direito. Influenciando na elaboração das normas jurídicas e auxiliando no processo de integração do direito.<sup>115</sup> São gerais, porque se tratam de princípios que direcionam o direito como um todo, todavia, também podem ser específicos de um outro ramo ou sector do direito. Desta forma, farão parte da realidade dinâmica objeto do presente estudo.

Gostaríamos de sublinhar a importância e dimensão global que os princípios gerais de direito, especialmente em sede contratual, ganharam, nas últimas duas décadas.

O princípio geral *paradigma* é, sem dúvida, o *pacta sunt servanda*, plasmado no artigo 26.º da Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados, de 23 de Maio de 1969 e da Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais, de 21 de Março de 1986, articulado com o art. 38 n.º, al. c) do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça. De costume de direito internacional (público) passou a princípio geral de direito

---

*in*, SARCEVIC (ed.), *Essays on International Commercial Arbitration*. Boston, London, 1991, pág. 146. Disponível em <http://tldb.uni-koeln.de>. Consultado em 14-03-2015.

<sup>112</sup> Os princípios Gerais de Direito da *Lex mercatoria* estão ligados à noção de *bona fides*. Constitui uma regra de interpretação, guia do processo, estando presente na maioria das sentenças arbitrais. HORSMANS, Guy., *L'interprétation des contrats internationaux*, in *L'apport de la jurisprudence arbitrale: Séminaire des 7 et 8 avril 1986* (ICC Publishing S.A.), 1986, pág. 153.

<sup>113</sup> Permitindo dotar a nova *lex mercatoria* de uma estrutura mais consistente permitindo-lhe atingir a universalidade. VIRALLY, M., *Un tiers droit? Réflexions théoriques, in le droit des relations économiques internationales*, in *Études offertes à Berthold Goldman*, Litec, Paris, 1987, pág. 384.

<sup>114</sup> Acerca destes princípios, A. GONÇALVES PEREIRA- Fausto de QUADROS, *Manual de Direito Internacional Público*, 3.ª edição, Coimbra: Almedina, 1993, págs. 257 e ss., especialmente pág. 262.

<sup>115</sup> A título de curiosidade, “*Fonte de inspiração*” para o TJUE. Vide EUROPA>Sínteses da legislação da UE>Assuntos institucionais>, As fontes não escritas do direito europeu: direito subsidiário, Disponível em:

[http://europa.eu/legislation\\_summaries/institutional\\_affairs/decisionmaking\\_process/114533\\_pt.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/decisionmaking_process/114533_pt.htm)  
Consultado em: 18-02-2015

positivo. Penetrando com força obrigatória nos ordenamentos jurídicos nacionais. Inspirando os legisladores nacionais que à luz das suas decorrências disciplinam os aspetos essenciais das obrigações.

Como se compreenderá, a sua subjetivação não trouxe nada de novo ao tão afamado *acordo de cavalheiros* da prática negocial, apenas uma concretização objetiva do princípio da boa fé (que apresenta uma natureza corretiva), cuja importância remonta ao direito natural. A acuidade daquele acordo, a par do valor reconhecido à *palavra* (entenda-se palavra de cavalheiros), está na base do valor atribuído à autonomia privada em sede contratual, que, conseqüentemente, acentua a carga icónica atribuída ao contrato.

A Autonomia privada revela-se como “princípio característico do Direito Civil” e por decorrência necessária de outros ramos do direito privado, como o direito comercial. Traduz um afloramento do princípio da liberdade, segundo o qual é lícito tudo o que não for proibido (art. 4.º da Declaração de 1789), que tem como contraposição o princípio da competência (a licitude depende da permissão) imperante no direito público. Pelo que o seu nível de reconhecimento é “um dos traços reveladores da fisionomia de cada sistema jurídico”.<sup>116</sup>

Este princípio tem como principal projeção a liberdade de contratar, no plano negocial, pelo facto de relevar a figura do contrato<sup>117</sup> sob a égide das seguintes forças: “o valor da *nuda pacta*” (“ensinamentos dos canonistas”); “*pacta sunt servanda*” (“antigos canonistas”) (...); “*solus consensus obligat*” (escola jusracionalista) (...) o que reforçou “a supremacia da vontade esclarecida do homem sobre as forças criadoras do direito”, e permitiu espiritualizar o contrato; o voluntarismo jurídico (influência da burguesia triunfante [nos momentos históricos]).<sup>118</sup> Contudo, também se aflora no “domínio dos *direitos subjetivos*”, âmbito em que o princípio da autonomia expressa “o *poder de livre exercício dos direitos pelo seu titular*”.

---

<sup>116</sup>FERNANDES, Luís A. Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil –Vol. I – Introdução; Pressupostos da Relação Jurídica*, 5ª Edição, Universidade Católica, 2009, pág. 94.

<sup>117</sup> Facto que terá influído na consagração, entre nós, do princípio da autonomia privada “no domínio do Direito das Obrigações, no artigo. 405.º do C.Civ português; mas também no diploma constitucional ele encontra referências, quando nele se reconhecem a iniciativa económica privada, ainda que sem perder de vista o interesse geral (arts. 61.º, n.º1, e 82.º, n.ºs 1 e 3), e a livre escolha de profissão, ou género de trabalho [art.s 47.º e 58.º, n.º2, al.b)]”. *Ibidem*, pág. 96

<sup>118</sup> *Vide* ANTUNES VARELA, João de Matos, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10.ª Edição, Almedina, (5.ª Reimpressão da Edição de 2000), págs. 211-218

Liberdade, “que encontra o seu paradigma no direito de propriedade”, conteudisticamente falando, não totalmente ilimitada.<sup>119</sup>

Encontramos uma forte correspondência dos *princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações comerciantes* com determinados sistemas de regras e princípios codificados por estruturas organizativas de natureza semipública, designadamente os princípios de UNIDROIT (Instituto Internacional para a Unificação do Direito privado<sup>120</sup>) (1995, 2004, 2010), para os contratos do comércio internacional.<sup>121,122,123</sup> Alias, decorre do preâmbulo desse instrumento uma unidade valorativa de sentido, quando no 3.º parágrafo, concretiza que “*caso as partes tenham acordado que o seu contrato será regulado por princípios gerais de direito, pela lex mercatoria, ou similares*”<sup>124,125</sup> o tratado UNIDROIT tem, de facto, aplicação efetiva. Integra-se essa unidade de sentido com o grau de eficiência e previsibilidade que brota do 4.º parágrafo, quando o tratado se posiciona na qualidade de modelo de aplicação subsidiária na falta de escolha pelas partes e, por maioria de razão, quando, por outras razões, não seja possível determinar o critério da lei aplicável ao caso.<sup>126</sup>

A sua primeira edição foi aprovada pelo Conselho de Direção do UNIDROIT (Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado, com sede em Roma) no ano de 1994, e publicada em diversas línguas (espanhol, italiano, francês, inglês, alemão, e uma versão em língua portuguesa publicada pelo Ministério da Justiça)<sup>127,128</sup> que, para além das disposições gerais, incluía regras sobre a formação,

---

<sup>119</sup> Vide FERNANDES, Luís A. Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil, ob cit.*, pág.. 94

<sup>120</sup> Organização intergovernamental independente, na atualidade, com 63 Estados membros. Vide. Site disponível em: <http://www.unidroit.org/about-unidroit/membership>. Consultado em: 16-05-2015.

<sup>121</sup> No mesmo sentido Vide. BERGER, Klaus Peter, "The Lex Mercatoria Doctrine and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts", *In: Law and Policy in International Business*. 1997, págs. 943-990. Disponível em: <http://www.questia.com/PM.qst?a=o&d=5001524029>. Consultado em: 14-03-2015.

<sup>122</sup> Vide os comentários. VV.AA. – Comentários a los Principios de Unidroit para los Contratos del Comercio Internacional. Pamplona: Aranzadi, 2.ª edição, 2003

<sup>123</sup> A propósito do contrato internacional de engenharia, mais concretamente, a ausência de um direito convencional material uniforme nessa matéria, poderia explicar-se o desenvolvimento pelos comerciantes da *lex mercatoria*. FRIGNANI, A., “*Il contratto internazionale, Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia diretto da Francesco Galgano, vol. XII*, Padova, 1990, pág. 10.

<sup>124</sup> Princípios UNIDROIT relativos aos contratos comerciais internacionais 2010. Translation by Professor Lauro Gama, Jr. (Professor of Law, Catholic University of Rio de Janeiro PUC-RIO; Senior Partner, Binenbojm, Gama & Carvalho Britto Advogados; Member of the Working Group for the preparation of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts).

<sup>125</sup> Comentário ao Preâmbulo [n.º 4.º a].

<sup>126</sup> Comentário ao Preâmbulo [n.º 4 a, c] e parágrafos n.ºs 2, 3, 4 e 8 do Preâmbulo.

<sup>127</sup> Vide Princípios Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais, versão provisória em língua portuguesa, (Lisboa), Ministério da Justiça, 2000.

interpretação, conteúdo, validade, o cumprimento e incumprimento. Na sua segunda edição, aprovada em Abril de 2004, foram acrescentados cinco capítulos sobre a representação, o contrato a favor de terceiro, compensação, assunção de dívidas, cessão de créditos e transmissão da posição contratual e a prescrição.<sup>129</sup> Já na sua terceira edição acrescentou-se disposições sobre a restituição no caso de contratações frustradas, ilegalidade, condições, e pluralidade de devedores e de credores, e algumas alterações aos comentários feitos ao artigo 1.4 da 2.<sup>a</sup> edição.

Em termos histórico-jurídicos o tratado, ora, em estudo, constitui um verdadeiro sistema de princípios, regras, e critérios ou soluções jurídicas que um grande grupo de especialistas,<sup>130,131</sup> pertencentes a culturas jurídicas e a experiências profissionais várias,<sup>132</sup> entendeu serem comuns aos principais sistemas jurídicos nacionais (senão a todos) e mais adequados “às exigências do comércio internacional”.<sup>133,134</sup> “Nalguns pontos (...) propõem-se soluções consideradas pelos seus autores como as melhores, mesmo que não sejam as mais praticadas”<sup>135</sup>, revelando-se inovadores, em alguns domínios.<sup>136,137</sup>

---

<sup>128</sup> Na 3.<sup>a</sup> edição contamos com uma versão oficial em português. “Translation by Professor Lauro Gama, Jr. (Professor of Law, Catholic University of Rio de Janeiro PUC-RIO; Senior Partner, Binenbojm, Gama & Carvalho Britto Advogados; Member of the Working Group for the preparation of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts).” Disponível em: <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/translations/blackletter2010-portuguese.pdf>

<sup>129</sup> BONELL, M. J., “The New Edition of the Principles of International Commercial Contracts adopted by the International Institute for the Unification of Private Law”, *Uniform Law R.* 9: 5-40. 2004.

<sup>130</sup> Académicos, magistrados, advogados etc.

<sup>131</sup> O denominado *Professorenrecht* (Direito dos professores).

<sup>132</sup> Prologo à edição de 1994

<sup>133</sup> Comentário ao Preâmbulo (n.º 4 a). 2.<sup>a</sup> Edição.

<sup>134</sup> “Foi dada especial atenção às codificações mais recentes (o “Uniform Commercial Code” e o “Restatement of the law of contracts” dos Estados Unidos, o Código Civil argelino de 1975, a lei chinesa de direito contratual económico estrangeiro e os trabalhos preparatórios do Código Civil holandês e do Québec) e, a nível internacional, à “United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods” (a seguir: “CISG”) e a instrumentos de auto-regulação de utilização muito difundida.” *In* PEREIRA, Teresa Silva, “Proposta de reflexão sobre um Código Civil Europeu”, *Artigos doutrinários da Ordem Dos Advogados, Publicações > Revista > Ano 2004 > Ano 64 – Vol. I / II – Nov. 2004, (I.1.2. Fontes)* Disponível em: [http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe\\_artigo.aspx?idc=31559&idsc=45841&ida=47182](http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=31559&idsc=45841&ida=47182).

Consultado em: 19-02-2015. (Negrito nosso)

<sup>135</sup> *In* RAPOSO, Mário, “Temas de arbitragem comercial”, *ob. cit.*.

<sup>136</sup> *In ibidem*. [I.1.5. Conteúdo].

<sup>137</sup> Incluiu fórmulas como: *hardship* ou *à gross disparity*. *Vide* SERAGLINI, Christophe, “Du bon usage des principes Unidroit dans l’arbitrage international”, na *Rev.Arb.*, 2003, págs. 1101 – 1166, em especial, pág. 1104.

Sendo, deveras, aconselhável, quando se elege o presente instrumento como regulador do contrato, a aposição de uma cláusula de acordo arbitral, no sentido de transcender, eficazmente, o contrato das amarras dos direitos nacionais.<sup>138</sup>

O Conselho de Administração do instituto delibera avançar com o projeto de unificação em estudo no ano de 1971.<sup>139</sup> Um comité piloto composto pelos professores René David, Clive M. Tudor Popescu Schmitthoff, representando os sistemas de tradição jurídico romanística, de *Common Law*, e os países socialistas, fora responsável pela realização de estudos preliminares sobre a possibilidade de um projeto com estas características. Já em 1980 é estabelecido um grupo de trabalho especial para proceder à escrita dos projetos de capítulos. O grupo, composto por representantes dos principais sistemas jurídicos do mundo, era composto por especialistas de renome no domínio do direito dos contratos e, também, do direito do comércio internacional. O grupo nomeou os escritores dos diferentes capítulos dos Princípios, encarregando-os de apresentar os projetos e os comentários. Esses projetos foram discutidos pelo grupo e remetidos a especialistas, incluindo numerosos correspondentes de UNIDROIT em todo o mundo. Para além do mais, o Conselho deu o seu parecer sobre a política a seguir, especialmente nos assuntos de difícil consenso. Os trabalhos ficaram concluídos em Fevereiro de 1994, em Maio do mesmo ano, o texto fora remetido para aprovação ao corpo científico máximo do Instituto.<sup>140</sup> “Os Princípios foram, finalmente, publicados sob direção do Professor Michael Joachim Bonell”.<sup>141</sup> A Comissão de redação tem sido responsável pelo trabalho editorial, assistida pela secretaria.<sup>142</sup>

O objetivo fundamental destes princípios é de estabelecer um conjunto de regras a ser utilizadas em todo o mundo independentemente das específicas tradições jurídicas, condições económicas e políticas dos países. Nesta linha de raciocínio, fita a universalidade.<sup>143</sup>

---

<sup>138</sup> No mesmo sentido Comentário ao Preâmbulo [n.º 4 a]

<sup>139</sup> Incluiu na mesa de trabalhos um “essai d’unification portant sur la partie générale des contrats (en vue d’une codification progressive du droit des obligations ‘Ex contractu’)” – UNIDROIT 1971, C.D. 50. a Sessão, pág. 93; A ideia inicial terá surgido na comemoração dos 40 anos do UNIDROIT. Vide BONELL, Michael Joachim, “The UNIDROIT Initiative for the Progressive Codification of International Trade Law”, *The International and Comparative Law Quarterly*, 1978, pág. 413.

<sup>140</sup> In PEREIRA, Teresa Silva, “Proposta de reflexão (...)”, *ob cit.*.

<sup>141</sup> In *ibidem* e obra citada.

<sup>142</sup> Prologo à edição de 1994

<sup>143</sup> In *ibidem*.

Reconhecem a liberdade contratual, os usos, o *favor contractus*, boa-fé objetiva e o “*fair dealing*”, e promovem o combate à injustiça contratual.<sup>144</sup>

Os Princípios UNIDROIT demonstram o seu intrínseco cariz transnacional, pelo fato de não recorrerem a uma terminologia própria de um sistema jurídico determinado. Os comentários que acompanham cada disposição não fazem referência aos direitos nacionais para explicar a solução jurídica acolhida (Somente quando reproduzem a CISG – Convenção das Nações Unidas sobre os Contratos de Venda Internacional de Mercadorias).<sup>145</sup>

No concernente às questões de mérito os Princípios são flexíveis o suficiente para se adaptarem a eventuais – mas inevitáveis – mudanças na prática comercial transnacional, fruto do desenvolvimento tecnológico e económico, das flutuações financeiras e repercussões no mundo dos negócios em geral. Característica bastando a constatação de que se revelam, transparentemente, abertos aos usos e costumes do comércio transnacional (art. 1.9 dos Princípios UNIDROIT). Simultaneamente procuram assegurar a equidade nessas relações estabelecendo, o dever das partes atuarem segundo os ditames da boa-fé, impondo, em alguns casos, critérios de razoabilidade.

Trata-se de um instrumento que por um lado não carece de ser aprovado ou ratificado pelos Estados de forma a permitir disciplinar os contratos transnacionais, por outro lado não reveste natureza de *hard law*, ao invés caracteriza-se como *soft law*, *droit assourdi*, ou direito flexível.

Tendo em linha de conta o texto introdutório feito à edição de 2004, “os Princípios UNIDROIT foram acolhidos favoravelmente na prática não dando lugar a particulares dificuldades na sua aplicação”, isto, segundo a “casuística” e a bibliografia da base de dados UNILEX.<sup>146</sup> Pelo que, se procedeu à sua ampliação.

De acordo com o texto de introdução à edição de 1994 a Iniciativa de UNIDROIT para a criação dos Princípios sobre os contratos de comércio internacional vai no sentido de elaborar um *restatement* internacional.<sup>147</sup>

---

<sup>144</sup> Respetivamente: 1.1; 1.9; p. ex. 7.3.1 (1); 1.7; e, entre outros, 7.1.6 / 7.1.7 (1) dos Princípios UNIDROIT 2010.

<sup>145</sup> *In ibidem*.

<sup>146</sup> *Vide* UNILEX. Disponível em: «[www.unilex.info](http://www.unilex.info)».

<sup>147</sup> *Vide* Introdução à Edição de 1994 na 2.ª edição dos Princípios da UNIDROIT.

Segundo Lima Pinheiro os Princípios não constituem uma codificação privada da *lex mercatoria*<sup>148</sup> ou algo de comparável aos restatement “jurisprudencial (arbitral), seja na dita visão tradicional ou moderna.” Para esta, aquele não se limitava à sistematização do direito jurisprudencial, como naquela visão, antes corresponderia à “opinião qualificada de alguns dos mais eminentes académicos sobre o Direito que deve ser aplicado atualmente por um tribunal esclarecido”.<sup>149</sup>

No entendimento do Professor estes Princípios também não poderiam ser considerados “[r]estatement do [d]ireito dos contratos à escala mundial, uma vez que a pluralidade de sistemas jurídicos nacionais é incompatível com uma consolidação universal”.<sup>150</sup> Atenta, por um lado, o grau de independência dos sistemas jurídicos e à heterogeneidade das soluções jurídicas apresentadas por estes, e, por outro lado, em matéria de contratos de comércio internacional o facto de também vigorarem “regras e princípios autónomos de direito transnacional que podem divergir, em maior ou menor medida, das soluções nacionais.”

Não obstante a bondade dos argumentos entendemos, salvo o devido respeito, que para compreender o intrínseco sentido da expressão e, concomitante, finalidade, direta e indireta, destes Princípios, em forma de tratado, devemos apelar a uma especial sensibilidade, pois eles condensam , em si, parte de uma realidade jurídica única, *suis generis*, constituída, diga-se por todo um conjunto de princípios, regras, no fundo, critérios jurídico-normativos de cariz negocial, edificados no respeito por determinados caracteres jurídicos e económicos essenciais, que aproveitaremos por denominar de valores mercantis de vocação universal, que não podem, de todo, ser ignorados. Passamos a expor:

- A perspetiva transnacional;
- A supranacionalização do contrato transnacional;
- A eficiência e a universalidade;
- Respeito pelas exigências do comércio transnacional e pela prática dos seus operadores;<sup>151</sup>

---

<sup>148</sup> Em sentido diferente, do qual partilhamos, pelo menos parcialmente.

<sup>149</sup> LIMA PINHEIRO, *Direito Comercial Internacional*, *ob. cit.*, pág. 195.

<sup>150</sup> *In ibidem*, pág.196

<sup>151</sup> Servindo de guia de regulação contratual. *In* CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Curso de Contratación Internacional*, Madrid, Editorial Colex, 2003. págs. 55 – 56.

- Relevância para o comércio transnacional da unificação de determinados critérios jurídicos;

- Importância de se promover a uma inovação na estrutura da *lex mercatoria*, dando-lhe uma solidez que até então não se afigurara muito clara.<sup>152</sup>

Como quaisquer outros valores norteadores revelam-se no binómio fundamento/limite (densificação), sobretudo no plano normativo-legislativo, mas, também, no momento decisório. Em particular, nas questões de racionalidade jurídica e económica, manifesta-se em tudo consonante com o *modus* de funcionamento do comércio internacional e com o processo legislativo nacional e internacional, assim:

- Recorrendo a um método flexível, dominar a opinião jurídica através do jogo de influência nos sistemas nacionais e no internacional, podendo servir de modelo jurídico de regulação;<sup>153</sup>

- Disponibilizar-se como mecanismo interpretativo e integrativo dos instrumentos internacionais de direito uniforme e dos direitos nacionais, servindo, também, aos tribunais judiciais<sup>154</sup> e arbitrais;<sup>155</sup>

- Estabelecimento de critério de retidão comportamental dos operadores mercantis.

Em especial nas questões da arbitragem:

- Poder constituir o “sistema jurídico” do contrato comercial transnacional;

- Traduz uma fonte de equidade.<sup>156</sup>

Desta forma, estes Princípios, consolidam e sistematizam, ainda que não por forma integral ou absoluta, alguns dos princípios e regras estruturantes, da nova *lex mercatoria*, fundamentalmente, a boa-fé – cujos padrões jurídicos decorrentes deverão ser encarados como quadros objetivos codicionantes, numa perspetiva

---

<sup>152</sup> Não esqueçamos as vezes que ela é mencionada no diploma. Desde o Preâmbulo (3.º parágrafo), nos comentários [4 b] na 2.ª edição (...), e no art. 1.9.

<sup>153</sup> Preâmbulo n.ºs 7, Vide, também, comentário [7]

<sup>154</sup> Ressalvando que as partes terão acolhido no respetivo instrumento contratual.

<sup>155</sup> Preâmbulo n.º 5 e 6, Vide, também, comentário [4c, 5, 6 e 8]

<sup>156</sup> In CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Curso de Contratación Internacional*, ob cit. págs. 55-56.

fundamental de razoabilidade normativa<sup>157</sup> – e as suas principais manifestações, que adquirem, assim, uma nova natureza, mais evoluída.<sup>158</sup>

Ainda que estes princípios não se autoproclamem *lex mercatoria* denominam-se de direito anacional ou supra nacional (atente-se a sua visão transnacional do comércio).<sup>159</sup>

Não esqueçamos, que a nova *lex mercatoria* assimilara no decurso dos tempos alguns princípios que constituíram norte de ação para as regras da prática mercantil, que em nosso entender, traduzem, claras manifestações do direito natural,<sup>160,161,162</sup> por contraposição com o direito considerado “[a]rtificial” (ainda que legítimo).

Bastará refletir sobre a expressão “acordo de cavalheiros”, questionar onde foi beber o critério retor fundamental e deparamo-nos que, na verdade, não mais é que uma feliz manifestação do princípio da boa-fé, nos seus corolários, como o *pacta*

---

<sup>157</sup> Neste sentido. Vide. QUEIROZ, Everardo Nóbrega de, *O princípio da razoabilidade na Nova Lex Mercatoria*, Tese de Doutorado, FFLCH-USP, 2000.

<sup>158</sup> O entendimento de que a nova *lex mercatoria* seria, apenas, direito espontâneo gerado pelos operadores do comércio transnacional à revelia dos direitos nacionais, já não colhe na sua totalidade, visto que essa espontaneidade não permitiria a criação de um Direito que a partir de si ganhasse aplicabilidade efetiva. «[c]omo diz Eric Loquin(...) a nova *lex mercatoria* vai absorvendo normas providas de fontes convencionais. A *lex mercatoria* “é menos uma lista de regras que uma selecção de regras”(…). E muitas dessas regras provêm de outras fontes que o mero direito espontâneo gerado pelos operadores de comércio internacional.» In RAPOSO, Mário, “Temas de arbitragem comercial [Lex Mercatoria]”, Início> Publicações >Revista > Ano 2006 > Ano 66 – Vol. I – Jan. 2006 > Doutrina. Disponível em: [http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe\\_artigo.aspx?idc=31559&idsc=47773&ida=47824](http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=31559&idsc=47773&ida=47824)

<sup>159</sup> Vide comentário ao Preâmbulo [4c]

<sup>160</sup> Sobre o Direito Natural Vide. ELLSCHEEID, “O problema do direito natural. Uma orientação sistemática”, in KAUFMANN/HASSEMER (Eds), *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas* (trad. port.), Lisboa, 2002, págs 211 e ss.

<sup>161</sup> Segundo CASTRO MENDES, “direito que devia vigorar (...) aquele núcleo que devia valer como direito em qualquer sociedade humana.” In CASTRO MENDES, J., *Introdução ao estudo do direito*, 3.<sup>a</sup> Ed. Lisboa, 2010. págs. 25 e 26, especialmente, pág. 25.

<sup>162</sup> Sobre a noção de direito natural, já, Cícero considera existir “uma *lei verdadeira*, que é a *reta razão*, que concorda com a natureza, *difusa em todos*, imutável e eterna; que nos reclama imperiosamente o cumprimento dos nossos deveres e que nos proíbe a fraude e nos afasta dela; cujos preceitos e proibições o homem bom (*honestus*) acatará sempre, enquanto que os perversos lhe serão surdos. Qualquer correção a esta lei será sacrílega, não sendo permitido revogar alguma das suas partes; não podemos ser dispensados dela nem pelo Senado nem pelo povo; *não é necessário encontrar um Sextus Aelius para a interpretar*; esta lei não é uma em Atenas e outra em Roma; mas é a única e mesma lei, imutável, eterna e que abrange em todos os tempos todas as nações. *Um Deus único, senhor e imperador de todas as coisas*, por si só, imaginou-a, deliberou-a e promulgou-a [...]”. In HESPANHA, António Manuel, *Cultura Jurídica Europeia, Síntese de um milénio*, Coimbra, Almedina, 2015, pág. 210, nota 347.

A doutrina do Direito natural caracteriza-se por um, intenso, dualismo fundamental entre Direito positivo e Direito natural. O Direito natural, ou Direito absolutamente justo, posicionado acima do imperfeito Direito positivo fundamentando a validade deste. Nesta medida, aquele dualismo entre assemelha-se ao “dualismo metafísico da realidade e a ideia platónica”. In KELSEN, Hans., *Teoria geral do direito e do estado*, 3. ed. Tradução de Luís Carlos Borges, São Paulo, Martins Fontes, 1998, pág. 17.

*sunt servanda*, a importância também reconhecida à autonomia da vontade, (...) Pelo que, em bom rigor, ainda que indiretamente, os princípios UNIDROIT terão condensado alguns dos princípios base participantes do processo de “heterointegração” jurídica desta realidade, que, efetivamente, no decurso dos anos, apesar do seu corpo, dimensão e diversidade, tem ganho um peso e estrutura cada vez mais vincados [muito, também, graças ao labor do Instituto UNIDROIT e outros organismos privados].

Consideramos os princípios UNIDROIT uma feliz ilustração dos afloramentos mercantis no mundo. Não olvidemos, também, o passado. O período do positivismo exacerbado, que culminou com a codificação da *lex mercatória*, permitiu solidificar uma realidade dinâmica, e nessa tentativa, certamente resultaram resquícios fundamentais, que, seguramente, agora constituem pilares, estruturantes, do direito civil e em especial do direito comercial.

Os restantes critérios, referimo-nos àqueles mais desenvolvidos, mais específicos, interpenetram a estrutura da *lex mercatória* através das práticas mercantis – se e quando os mercadores os incorporam, total ou parcialmente, nos seus contratos, potenciando a criação de costume transnacional – e da jurisprudência arbitral – tendo em conta o prestígio e adequação daqueles, servirão de base às decisões arbitrais, quando aplicáveis, permitindo, em última linha, a criação de costume jurisprudencial – florescendo, assim, da base do comércio transnacional.<sup>163,164</sup>

Não podemos ignorar o carácter flexível deste direito, que, por um lado, potencia a aceitação das diversas opiniões jurídicas globais e por outro lado evita choques irreversíveis, ou, mais corretamente, evita os obstáculos à harmonização de critérios.

Consideramos, também, que a base fundamental destes critérios são princípios gerais ou abstratos, que por natureza são flexíveis, elásticos e, nesta medida, admitem contradição, sanável pela articulação ou harmonização de critérios jurídicos.

É verdade, no entanto, que na *Commonwealth* e, mesmo, noutros sistemas jurídicos, princípios como o da Boa-fé, *ex maxime*, pode desempenhar a

---

<sup>163</sup> Um raciocínio semelhante. LIMA PINHEIRO, *Direito Comercial Internacional (...)*, *ob cit.* págs. 196 –197

<sup>164</sup> Para tal Vide OLIVEIRA ASCENÇÃO, *O direito. introdução e teoria geral*, 13.<sup>a</sup> edição, Lisboa, 2005, pág. 324; REHBINDE, Manfred, *Einführung in die rechtswissenschaft*, 6.<sup>a</sup> edição do manual de B. Rehfeldt, Berlin e Nova Iorque. 1988, pág. 13; LARENZ, K., *Methodenlehre der rechtswissenschaft*, 6.<sup>a</sup> edição, Berlin et. al. 1991, pág. 433; LARENZ, Karl/ CANARIS, Claus-Wilhelm, *Methodenlehre der rechtswissenschaft*, 3.<sup>a</sup> edição, Berlin et al., 1995, pág. 258 e ss. Comparar com. STEIN, Ursula, *Lex mercatoria (...)*, *ob. cit.*, págs. 162 e ss. e 175 e ss.

mesma função em termos contratuais que nos diversos ordenamentos jurídicos dos países romano-germânicos, desconsiderando, no que tange a estes últimos, situações que em princípio subsumir-se-iam, em abstrato, nas condutas contrárias àquele princípio. Todavia, há que atender, mais uma vez, ao caráter transnacional dos princípios, e perder a ligação aos nacionalismos, pois, se a tal nos apelar o contrato, já não estaremos a falar de um com uma natureza verdadeiramente transnacional, mas, por ventura, transfronteiriça, em relação ao qual alguns caracteres poderão sugerir a aplicação de princípios ou regras de direito nacional, seja por via direta ou indireta. Contudo, não esqueçamos o caráter integrativo dos Princípios UNIDROIT que, concomitantemente, não se impõem, podendo servir de modelo orientativo para as partes e para o intérprete / julgador. Finalmente, atentemos para a sua natureza equitativa, direcionada para os interesses, necessidades dos operadores do comércio transnacional.

Quanto às regras jurídicas ou critérios práticos de outras fontes da nova *lex mercatoria*, ainda que divergentes das destes Princípios, ajustar-se-ão a necessidades específicas dos diversos setores mercantis, e dentro desses setores às especificidades de certos contratos comerciais transnacionais. Não consideramos a diversidade, que caracteriza os elementos constitutivos da *lex mercatoria*, um fator limitativo e/ou desintegrativo, entendêmo-lo, antes, como um instrumento ao serviço de uma construção autopoietica de um corpo de soluções para uma realidade multifacetada e dinâmica, que é, sem dúvida, a contratação internacional.

Como teremos oportunidade de demonstrar, diversas são as pontes de interceção entre os princípios UNIDROIT e os Princípios do Direito Europeu dos Contratos (*PECL*) (1990, 1995, 1999, 2003).<sup>165</sup>

Desde logo, parte dos membros do UNIDROIT participaram na Comissão *ad hoc* denominada de Lando<sup>166</sup> (Comissão sobre o Direito Europeu dos

---

<sup>165</sup> Instrumento (núcleo duro), ora, integrado no Quadro Comum de Referência (QCR).

<sup>166</sup> Formou-se sob o seu impulso, apoiado pela Comissão CE (agora UE) e um conjunto de particulares. Vide, LANDO, O. / BEALE, Hugh, *The Principles of European Contract Law*, Dordrecht, Boston e Londres, 1995. ix e ss. e LANDO, O. (ORG.), *Principles of European Contract Law. Parts I & II Combined and Revised*, Dordrecht, Boston e Londres, 2000; “The Principles of European Contract Law and the *lex mercatoria*”, in *Private Law in the International Arena. Liber Amicorum Kurt Siehr*, 391-404, A Haia, 2000; LANDO, O. “Principles of European Contract Law. An Alternative or a Precursor of European Legislation”, *Rabels Z.* 56: 261-273, 1992.

Contratos), pelo que existe uma certa coordenação entre estes grupos,<sup>167</sup> sem que exista, no entanto, uma latente concorrência entre os critérios jurídicos produzidos.<sup>168</sup>

Aliás, no que tange ao âmbito material eles divergem. Assim, os Princípios UNIDROIT restringem-se aos contratos comerciais e internacionais<sup>169</sup> já, por sua vez, os PECL aplicam-se a todos os tipos de contrato, incluindo as transações de carácter puramente doméstico. Ao nível territorial, enquanto os Princípios UNIDROIT são, tendencialmente, universais, os PECL limitam-se aos Estados-Membros da UE, ainda que não existam impedimentos que impeçam Estados extra UE de recorrer a eles. Aliás, excepcionando as relações com os consumidores, é cada vez mais difícil falar de um direito contratual especificamente europeu.<sup>170,171</sup>

A título comparativo, muitos são os artigos constitutivos dos Princípios UNIDROIT que têm critérios correspondentes nos PECL.<sup>172</sup>

Os princípios base convergentes nestes dois instrumentos são: a liberdade contratual [art.1.1 UNIDROIT; art.1:102 Princípios Lando]; liberdade de forma [art. 1.2 UNIDROIT; art. 2:101. (2) Princípios Lando]; pacta Sunt Servanda [art. 1.3 UNIDROIT; art. 1:201 Princípios Lando]; bona-fides [art. 1.7 UNIDROIT; art. 1:201 Princípios Lando]; finalmente, os usos e costumes como fontes para a formação, para o cumprimento e extinção dos contratos internacionais [art. 1.9 UNIDROIT; 1:105. Princípios Lando].

Há, também, divergências, quer de natureza técnica,<sup>173</sup> que corresponde à maior parte, quer, ainda, de natureza política<sup>174</sup> e matérias que constam apenas nuns e não noutros.

---

<sup>167</sup> Desta forma, os presidentes, assim como Denis Tallon e Ulrich Drodnic.

<sup>168</sup> “[T]he two instruments in actual practice not only do not overlap but may well coexist and play equally important, but not interchangeable, roles”. BONELL, Michael Joachim, “The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purposes?”, 26 *Uniform Law Review* (1996), págs. 229 (246).

<sup>169</sup> Vide comentário ao Preâmbulo dos princípios UNIDROIT [3]. Assim, ainda que tenham sido concebidos para os contratos mercantis internacionais, não existe nenhum impedimento para que os particulares possam aplica-los a contratos estritamente internos ou nacionais. “ No entanto, o acordo estará “sujeito às normas imperativas do país cujo ordenamento jurídico seja aplicável ao contrato.”

<sup>170</sup> Sobre o carácter progressivo dos PECL. *In Lando / Beale*, ob cit. xvi

<sup>171</sup> Gostaríamos de mencionar, todavia, que estes princípios poderão servir de base a um futuro código europeu dos contratos e para a edificação de uma verdadeira “infraestrutura” para a legislação, em matéria contratual, da União Europeia. *In ibidem.*, xvi e ss. Aliás, o reflexo dessa evolução está na criação de uma Quadro Europeu Comum de Referência em matéria de contratos (QFR).

<sup>172</sup> Pelo menos 70, tendo em linha conta as limitações da análise feita pela autora. *In PEREIRA*, Teresa Silva, “Proposta de reflexão(...)”, *ob. cit.*.

Decorre do preâmbulo dos Princípios UNIDROIT, no seu 3.º parágrafo, que o contrato transnacional, se as partes acordarem, poderá ser “regulado pelos princípios gerais de direito, pela *lex mercatoria*, ou similares”.<sup>175</sup> O mesmo se passa com os Princípios do Direito Europeu dos Contratos (PECL). Podendo ser aplicados quando as partes aceitam que o contrato seja regimentado pelos princípios gerais de Direito, *lex mercatória* ou fórmula similar, ou mesmo quando as partes não escolham o sistema ou as regras disciplinadoras do mesmo contrato. (art.º 1:101 (2) e (3)).<sup>176</sup>

A propósito, quando as partes tenham feito referência à *lex mercatoria* ou a uma fórmula semelhante, a aplicação, seja dos princípios UNIDROIT, seja dos

---

<sup>173</sup> Ilustramos alguns dos exemplos: os Princípios UNIDROIT acolheram a teoria da receção para quaisquer notificações existentes entre as partes [art. 1.9 (2)], já os PECL adotaram a teoria do envio a operar nos casos de notificação que tenha como origem o incumprimento [art. 1:303 (4)]; os Princípios UNIDROIT para os casos de o terceiro não poder ou não querer proceder à fixação do preço, este deverá ser razoável [art. 5.7 (3)], os PECL consideram sob presunção que as partes atribuem competência ao tribunal no sentido de que este proceda à nomeação de uma outra pessoa que o irá determinar [art. 6:106 (1)]; os Princípios UNIDROIT, no caso de impossibilidade total e permanente [absoluta] dispõem que a cessação do contrato dependerá da iniciativa das partes [art. 7.1.7 (4)], já, os PECL estatuem a cessação automática [art. 9:303 (4)]; Vide nota 56 *In* PEREIRA, Teresa Silva, “Proposta de reflexão(...)”, *ob. cit.*.

<sup>174</sup> “As diferenças de natureza política dependem do facto dos corpos de princípios terem âmbitos de aplicação diferentes. Assim, por se aplicarem apenas a contratos comerciais, os Princípios UNIDROIT referem-se ao dever de actuar conforme à boa fé e ao “fair dealing” no comércio internacional (art. 1.7), enquanto nos PECL este dever é citado em termos gerais (art. 1:201); também quanto aos usos, se referem os Princípios UNIDROIT aos amplamente conhecidos e regularmente observados no comércio internacional pelas partes envolvidas num determinado tipo de comércio (art. 1.8(2)). Já os PECL consideram que as partes estão vinculadas pelos usos geralmente aplicáveis por pessoas na mesma situação das partes (1:105 (2)). Existem diferenças que decorrem do facto dos Princípios UNIDROIT se aplicarem apenas a contratos entre comerciantes ou outros profissionais. Os PECL, por exemplo, limitam algumas disposições a situações em que as partes sejam profissionais e prevêm a hipótese de eliminação de cláusulas contratuais não negociadas individualmente por serem injustas e afectarem o equilíbrio entre as partes (art. 4:110). Um outro tipo de diferenças resulta do âmbito internacional dos Princípios UNIDROIT. Assim, no tocante aos modos de pagamento, os PECL estipulam que uma obrigação monetária expressa numa unidade monetária diferente daquela em vigor no lugar do pagamento pode sempre ser paga na unidade monetária do lugar do pagamento à taxa de câmbio corrente, a não ser que as partes tenham estipulado que o pagamento apenas pode ser feito na unidade monetária acordada (art. 7:108 (1)(2)) e os Princípios UNIDROIT acrescentam ainda o caso da unidade monetária do lugar de pagamento não se poder converter livremente (art. 6.1.9(1)(a)), por ser esta ainda a situação em alguns países.” Vide nota 57 *in*, PEREIRA, Teresa Silva, “Proposta de reflexão(...)”, *ob. cit.*

<sup>175</sup> Princípios UNIDROIT relativos aos contratos comerciais internacionais 2010. Translation by Professor Lauro Gama, Jr. (Professor of Law, Catholic University of Rio de Janeiro PUC-RIO; Senior Partner, Binenbojm, Gama & Carvalho Britto Advogados; Member of the Working Group for the preparation of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts).

<sup>176</sup> Vide No caso de lacunas do sistema ou das regras utilizadas, a possibilidade integrativa dos Princípios no art. 1.101 (4). Convém atentar que prefiguramos esta hipótese, por forma mais segura, em sede arbitral, atentando ao distanciamento, pelo menos a título de direito substantivo, da lei nacional.

princípios LANDO, depende da interpretação feita à cláusula de *electo iuris*.<sup>177</sup> Desta feita é espetável que um operador [médio] do comércio transnacional considere tanto as práticas, usos e costumes do comércio transnacional, as regras elaboradas pelas diversas organizações profissionais [em destaque, aquelas no setor específico de ação do contrato].<sup>178</sup>

Conforme já fora abordado para os Princípios UNIDROIT, estes princípios partilham com os PECL de algumas características que para Godé, traduzem o seu sucesso. O facto de nenhum dos instrumentos ter carácter obrigatórios – tendo natureza jurídica de Soft Law – de não terem sofrido a influência pelos diversos governos e de não constituírem qualquer ameaça para as ordens jurídicas estaduais.<sup>179</sup>

Os Princípios Lando foram criados por juristas de renome dos diversos países europeus, sob a presidência do professor dinamarquês Ole Lando motivo pelo qual são também denominados Princípios Lando.

Um dos objetivos essenciais que presidio à sua elaboração foi para além sublinhar os princípios já existentes na prática mercantil internacional, estabelecer um conjunto de critérios jurídicos com a finalidade reduzir ou, mesmo eliminar, as diferenças existentes entre os ordenamentos jurídicos nacionais, potenciando o desenvolvimento do comércio na Europa, operando como resposta à globalização dos mercados.

O projeto inicial dos princípios Lando surgiu em 1980. A primeira comissão (Lando) reuniu-se de 1980 até 1990, período durante o qual foram discutidas as bases para a elaboração dos princípios. Esses princípios foram adotados pela supra indicada Comissão em 1990. Todavia, somente uma segunda comissão, entre 1992 até 1996, termina a redação das Partes I e II dos Princípios. Na data de 1995, fora publicada a Parte I onde contam os Princípios relativos à execução, inexecução e meios de defesa [*remedies*]. Em 1999, foram publicadas a Parte I, revista, e a Parte II, que abarca a formação do contrato, a representação, a validade, interpretação, conteúdo, execução, inexecução e meios de defesa [*remedies*]. De 1997 até 2001, foram realizadas mais

---

<sup>177</sup> Vide CANARIS, Claus-Wihlelm, *Die Stellund der "UNIDROIT"Principles, und der Principles of European Contract Law*, im System der Rechtsquellen, In Basedow, Jürgen (HRSG), *Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutshe Recht Tübingen*, Mohr Siebeck, 2000, pág. 27.

<sup>178</sup> Vide art. 1.9 dos Princípios UNIDROIT

<sup>179</sup> GOODE, Roy, "Communication on European Contract Law" (reação à Comunicação da Comissão). Disponível em: <http://europa.eu.int/comm/consumers/cons-int/ /safe-shop/fair-bus-pract/cont-law/comments/academics/index-en.htm>, pág. 5. Consultado em: 19-02-2015

reuniões, estas tendo como objetivo redigira terceira parte dos Princípios Lando que irá complementar as partes I e II. Em 2003, foi publicada a Parte III relativa à pluralidade de partes, cessão de créditos, transmissão da posição contratual, compensação, prescrição, ilegalidade, condições e capitalização de juros.<sup>180</sup>

Consideramos, no que respeita à posição assumida quanto à natureza dos Princípios UNIDROIT, o mesmo entendimento, embora com as necessárias adaptações, tendo em conta as limitações geopolíticas evidentes, para os Princípios LANDO. Aliás, tantos são mais os elementos que os unem que os elementos que os separam.<sup>181,182</sup>

Finalmente, no plano da presente secção das fontes, e no sentido do que vem sido afirmado, fechamos com a não menos importante Convenção Interamericana sobre o Direito Aplicável aos Contratos Internacionais de 1994 quando, nos seus artigos, 3.º, 9.º e 10.º, faz menção às fontes da *new law merchant*.<sup>183</sup>

A criação dos princípios de UNIDROIT e dos outros instrumentos mencionados produziram um frutuoso impacto sobre as principais críticas lançadas à nova *lex mercatoria*, de entre as quais cumpre destacar: a fragmentariedade ou, mais precisamente, a sectorização, a heterogeneidade e a incompletude regulativa. De facto, estas constituem características fundamentais para a existência e continuidade de um sistema dinâmico e autossuficiente.

Posicionando-se como uma alternativa de carácter material à disciplina regulativa dos direitos nacionais e ao direito de conflitos, podendo, desta feita, aplicar-

---

<sup>180</sup> Vide LIMA PINHEIRO, *Direito Comercial Internacional*, pág. 193.

<sup>181</sup> Basta atentarmos ao princípio da autonomia da vontade, a importância reconhecida à certeza e segurança jurídicas e à justiça.

<sup>182</sup> Segundo Lando os PECL, nas transações realizadas, pelo menos, entre uma parte extra UE poderiam ser aplicados como *lex mercatoria*. Vide LANDO, O., “The Principles of European Contract Law and (...)”, pág. 391 (397).

<sup>183</sup> Vide.

#### Artigo 3

As normas desta Convenção serão aplicáveis, com as adaptações necessárias e possíveis, às novas modalidades de contratação utilizadas em consequência do desenvolvimento comercial internacional;

#### Artigo 9

(...)O tribunal levará em consideração todos os elementos objetivos e subjetivos que se depreendam do contrato, para determinar o direito do Estado com o qual mantém os vínculos mais estreitos. Levar-se-ão também em conta os princípios gerais do direito comercial internacional aceites por organismos internacionais. (...)

#### Artigo 10

Além do disposto nos artigos anteriores, aplicar-se-ão, quando pertinente, as normas, costumes e princípios do direito comercial internacional, bem como os usos e práticas comerciais de aceitação geral, com a finalidade de assegurar as exigências impostas pela justiça e a equidade na solução do caso concreto. Sublinhado e negrito nossos.

se a qualquer contrato transnacional. Pelo que, poderá funcionar como *lex contractus* através de um pacto de *lege utenda* e até, mesmo, na sua ausência, tornar-se, efetivamente, a disciplina do respetivo contrato.<sup>184</sup>

Constatando a importância destes instrumentos, alguns autores, consideram que, a par dos princípios gerais de direito, devemos incluir, também, as regras comuns aos diferentes sistemas jurídicos nacionais, enquanto fórmulas de resolução dos litígios emergentes das questões privadas transnacionais, típicas da *new law merchant*.<sup>185</sup>

Atentando à natureza jurídica destes princípios (*soft law* ou *direito flexível*), incluiremos, ainda, como fonte da *nova lex mercatoria*, uma outra componente constitutiva do Direito Internacional Público. Reportamo-nos, entre outras, às resoluções, aos pareceres, às diretivas, (*guidelines, directives*), aos guias profissionais, às recomendações, aos códigos de conduta ou de comportamento,<sup>186</sup> aos *códigos de deontologia, etc.*<sup>187</sup>

---

<sup>184</sup> Vide CASTELLANOS RUIZ, E., “Autonomia conflictual y contratos internacionales: Algunas reflexiones”, In Cuestiones actuales de Derecho Mercantil Internacional. CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; AREAL LUDEÑA, Santiago (Dir.). Madrid, 2005, Colex, págs. 459 e ss.

<sup>185</sup> Entre outros autores, Vide GOLDMAN, B., “La lex mercatoria (...)”, *ob. cit.* págs. 485 – 487; FOUCHARD, Ph, “L’État face (...)”, *ob. cit.* págs. 73 – 74; GOLDSTAJN, A., “Usages of Trade (...)”, *ob. cit.* pág. 72; PRAENDL, F., “Measures of Damages in International Commercial Arbitration”, in SJIL, 1987, pág. 276; LOQUIN, E., “L’arbitrage (...)”, *ob. cit.* pág. 311; HOFFMANN, B. Von, “Grundsätzliches zur Anwendung der «lex mercatoria» durch internationale Schiedsgerichte”, in Festschrift für Gerhard Kegel zum 75. Geburtstag 26. Juni 1987, Estugarda/Berlin/Colónia/Mogúncia, W. Kohlhammer, 1987. 215-233, págs 220 e ss; LANDO, O., “The Lex Mercatoria (...)”, *ob. cit.* pág. 749.

<sup>186</sup> A *lex mercatoria*, também teria por base outros elementos, como o próprio Direito Internacional Público, leis uniformes e regras de organizações internacionais [como resoluções, recomendações, códigos de conduta no âmbito do comércio internacional]. LAKE, Ralph B., *Breach and adaptation of international contracts: an introduction to lex mercatoria*. Salem N. H., Butterworth Legal Publishers, 1992, pág. 13. Vide também, LANDO, O., “The Lex Mercatoria (...)”, *ob. cit.* págs. 748-751, onde elenca os seguintes elementos: o Direito internacional público, o Direito uniforme, os princípios gerais de direito, as regras de organizações internacionais, os usos e costumes, os modelos contratuais standard; os relatórios das sentenças arbitrais; sobre os códigos de conduta Vide, também, RIGAUX, F., “Pour un autre ordre international”, in BLANC, J. – RIGAUX F., *Droit Économique II*, Paris, Pedone, 1979, págs. 364-399, e MARQUES DOS SANTOS, A., *Transferência internacional de tecnologia, economia e direito – alguns problemas gerais*, Lisboa, Centro de Estudos Fiscais, 1984 (Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, n.º 132), págs 309 e ss.. Mostra pormenores acerca da elaboração pela Conferência das Nações Unidas sobre o Comércio e o Desenvolvimento – UNCTAD- dos Códigos de conduta em Matéria de Transferência de Tecnologia e sobre Empresas Multinacionais. Vide GOLDSTAJN, A., “Usages of Trade (...)”, *ob. cit.* pág. 72; SIEHR, K., “Sachrecht im IPR, transnacionales Recht und lex mercatoria”. in HOLL, W. – KLINKE U., *Internationales Privatrecht – Internationales Wirtschaftsrecht*, Colónia/Berlim/Bona/Mogúncia, Carl Heymanns Verlag, 1985, pág. 114. Inclui os tratados internacionais, as diretivas uniformes, também, os formulários e as cláusulas sobre o comércio marítimo, os contratos-*standard* e as condições gerais das Câmaras de Comércio existentes nos Estados e dos diversos agrupamentos comerciais, a jurisprudência arbitral e a dos tribunais estaduais, as práticas ou usos do comércio internacional, isto, para além dos códigos de conduta ou de comportamento. Sobre estes, Vide ainda. HORN, N., *Die Entwicklung des Internationalen Wirtschaftsrechts durch*

Consideramos, ainda, pertinente salientar a ordem pública transnacional ou verdadeiramente internacional enquanto concretização funcional da *heterointegração* negativa (do sistema normativo global).

## 7. Uma nota sobre o direito harmonizado, unificado e uniforme e regras de organizações internacionais, como fonte da Nova *Lex Mercatoria*

Não poderemos deixar de atender ao direito harmonizado, unificado e uniforme e a determinadas regras de organizações internacionais. Também, por maioria de razão, fontes da nova *lex mercatoria*.<sup>188</sup> Falamos da Convenção da CNUDCI ou UNCITRAL sobre a compra e venda internacional (1980), sigla CISG;<sup>189,190,191</sup> das Convenções de Haia sobre contratos internacionais criadas pela Conferência de Haia de Direito Internacional Privado, onde se promoveu a adoção do princípio da autonomia da vontade. Convenções sobre a lei aplicável à venda de bens móveis (1955); sobre a transferência da propriedade (1958); sobre a lei aplicável aos contratos de intermediários e representação (1978); sobre a lei aplicável aos contratos de venda internacional de mercadorias (1986). Ainda a Convenção das Nações Unidas sobre Letras de Cambio Internacionais e de Notas Promissórias Internacionais de 1988, aberto

---

*Verhaltensrichtlinien – Neue Elemente eines internationalen ordre public*, Rabelsz, 44, 1974, págs. 423 e ss. Negrito nosso.

<sup>187</sup> Sobre o Direito flexível, FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., *Derecho del comercio internacional*, Madrid, EUROLEX, 1996, págs. 47-48; também MARQUES DOS SANTOS, A., *Transferência (...)*, 288-319. CARLOS SANTOS, A. GONÇALVES M. Eduarda, LEITÃO MARQUES, M. Manuel, *Direito Económico*, Coimbra, Almedina, 1993, págs. 356-357.

<sup>188</sup> Lando quando faz coincidir a aplicação da *lex mercatoria* com todos os caso em que os árbitros aplicam normas anacionais ao mérito da causa. LANDO, O, “The Lex Mercatoria (...)”, *ob cit.* pág. 747. O autor elenca como fontes da nova *lex mercatoria*, entre outras, as convenções internacionais com regras uniformes sobre compra e venda internacional, regras de direito internacional (público) sobre os tratados (Convenção de Viena de 1969), tendo por base o facto de terem, já, sido aplicadas, como forma de regulamentação, a contratos celebrados entre Estados e nacionais de outros Estados. *In ibidem.*, pág. 749. Incluindo, também, no elenco das fontes da *lex mercatoria*, as convenções internacionais, tendo em consideração argumentos análogos. *Vide* HOFFMANN, B. Von, “Grundsätzliches zur Anwendung der «lex mercatoria» durch”, *ob. cit.* pág. 220.

<sup>189</sup> *Vide* UNCITRAL, “Nota explicativa da secretaria da UNCITRAL sobre a Convenção das Nações Unidas sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias.” Disponível em: <http://www.cisg-brasil.net/doc/explnotecisgtradamadeusorleans-final.pdf>. Consultado em: 21-02-2015

<sup>190</sup> A sua redação foi construída sob a inspiração de modelos já utilizados na prática mercantil das diversas sociedades, em especial a *lex mercatoria*, que terá contribuído, profundamente, para a elaboração de uma lei uniforme. *Vide* KHAN Ph. – “Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international”. JDI, 1989, pág. 305. Segundo este autor, o comércio internacional cria as suas regras, que paulatinamente vão sendo integradas ao direito comercial positivo. As regras de conduta das partes têm por base, maioritariamente, os usos mercantis (mencionados, também, nas decisões arbitrais).

<sup>191</sup> A par da *lex mercatoria*, terão influenciado: o BGB alemão e o *Uniform Commercial Code* americano.

à assinatura e ratificação desde a mesma data. A Convenção das Nações Unidas sobre o Uso das Comunicações Eletrônicas nos Contratos Internacionais, da UNCITRAL (2005), a Convenção Internacional sobre contratos de viagem, de Bruxelas (1970), a Convenção sobre agência na venda internacional de bens, de Genebra (1983), a Convenção UNIDROIT sobre factoring internacional, de Ottawa (1988), a Convenção UNIDROIT sobre objetos culturais roubados ou exportados ilegalmente de Roma (1995), a Lei-Modelo da Arbitragem, da UNCITRAL (2002, com as alterações introduzidas em 2006), A lei-modelo (CCI) da compra e venda internacional, publicação n.º 556 (1997), A lei-modelo sobre transferência de créditos internacionais, de 1992, A lei-modelo sobre comércio eletrônico de 1996, Lei-modelo sobre assinaturas eletrônicas de 2002, as cláusulas de força maior CCI (2003) e as cláusulas de Hardship CCI (2003) n.º 650, 2003, em especial, no âmbito das operações bancárias, a Convenção sobre garantias independentes e cartas de crédito *stand-by* (CGI) (1995) e a Lei- Modelo sobre os aspetos legais relacionados com o Intercambio Eletrónico de Dados (IED) (1994), a Lei Modelo de Franchising UNIDROIT, de Roma (2002), a Lei Modelo de Leasing UNIDROIT, de Roma, 2008.

Consideramos, também, a Lei Uniforme sobre letras e livranças, de acordo com as Convenções de Genebra, de 1930 e, também, sobre cheques de 1931.

### **Notas finais**

Entendemos que a amplitude da realidade jurídica denominada de *nova lex mercatoria* em nada prejudica o destaque, nas suas fontes, dos usos e costumes – fonte primitiva/ primária - criados pelos operadores do comércio internacional, reflexo, em grande medida, da vida mercantil, suas práticas, dinâmicas e necessidades emergentes, em detrimento de todas as outras.

Não obstante, uma visão e perspectiva globais e integradas - nutridas de uma especial sensibilidade jurídico-económicas - sobre a atual configuração da realidade a estudo, fundamentos base, estrutura, novos contornos, potencialidades (...), clamam, convocam, desafiam e impelem. Constelações críticas de um novo paradigma *ius dogmático*.

É, de facto, incontestável que a *new law merchant* não mais representa aquele *singelo* corpo normativo nascido da Idade Média e composto por usos e costumes do comércio jurídico transnacional.

Ela não embrutecera, antes desenvolvera, por diversas vias, estratégias de adaptação ao mundo globalizado. Por outro lado, fora interpenetrada por diversos fatores externos florescendo a sua anterior natureza e, simultaneamente, fortalecendo a sua estrutura.

Consideramos, como resulta do exposto, que a nova *lex mercatoria* é formada não só pelos usos e costumes do comércio internacional. Mas, antes, constituída por todo um conjunto de elementos ou fontes que estrutural e axiologicamente aglutinados lhe conferem identidade jurídico-económica e a garantem no presente e no futuro. Devemos atentar o caráter ultra evolutivo das dinâmicas mercantis e dos respetivos contextos sociais, económicos, financeiros e até culturais.

A (re)descoberta, (re)adaptação, desenvolvimento, (re)instalação e circulação de realidades jurídicas preexistentes, v.g princípios gerais de direito, princípios e regras codificadas por organizações internacionais entre outros organismos, não mais é que aceitar os progressos das valorações axiológicas provindas do direito natural, ora, mesmo positivadas, mas que se assumem como critérios orientadores e mesmo disciplinadores das relações entre os operadores do comércio internacional. A eficiência deste sistema “operativo” reclama justificações equitativas.

A par do descrito, urge lembrar que a realidade que, ora, nos ocupa constitui uma feliz manifestação, no comércio jurídico transnacional, da nova ordem global, proveniente dos efeitos, voluntários e involuntários, da globalização e mundialização e do conseqüente pluralismo unitário jurídico-valorativo, que, ora, caracterizam o espírito do sistema da nova lei dos mercadores.

Recebido em 04/06/2016

1º parecer em 15/06/2016

2º parecer em 23/06/2016