

# OS PRINCÍPIOS PROPOSTOS PELO UNIDROIT

## RELAÇÃO COM A *LEX MERCATORIA* E SUA UTILIZAÇÃO NA ESFERA DO COMÉRCIO INTERNACIONAL

MARTHA GALLARDO SALA

Mestre em integração em América Latina pela Universidade de São Paulo – USP. Especialista em Contratos Internacionais pelo Coageae/PUC-SP. Professora convidada da Pós-Graduação em Direito Societário da Universidade Presbiteriana Mackenzie na disciplina “Sociedade limitada: dos sócios ao contrato”. Membro da OAB-SP e do Comitê de Societário do Centro de Estudos das Sociedades de advogados – Cesa. Advogada.

ÁREA DO DIREITO: Comercial/Empresarial; Consumidor; Constitucional; Concorrencial

**RESUMO:** A expressão globalização é corriqueira no tempo presente, difundida pelo jornalismo econômico, desprovida de um significado jurídico preciso, por vezes, é empregada como elemento descritivo de uma realidade a ser apreendida, por vezes com um sentido ideológico, por conseguinte, valorativo, de um fenômeno defendido ou condenado. Frise-se que a globalização é uma realidade, devemos, portanto, desprender-nos de seu suposto caráter ideológico. A globalização alterou as relações humanas e os próprios atores das relações internacionais, o que afeta direta e indiretamente a ordem jurídica internacional. E é neste contexto que o presente trabalho desenvolve os conceitos da *lex mercatoria* e dos Princípios do Unidroit para os Contratos do Comércio Internacional, formas encontradas pelos operadores do Comércio Internacional de facilitar e dinamizar sua atividade afastando-se das amarras e formalidades que impregnam os quadros normativos estatais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Globalização – Comércio internacional – Princípios do Unidroit – *Lex Mercatoria* – Princípios gerais do direito – Arbitragem.

**ABSTRACT:** The expression, globalization is current in the present time, spread out by the economic journalism, unprovided of a specific legal meaning, by times, is used as descriptive element of a reality to be apprehended with an ideological direction, consequently, with value, of a defended or condemned phenomenon. We should emphasized that the globalization is a reality, we must, therefore, unfasten of its presumed ideological character. The globalization modified the human relations and the actors of the international relations itself, what it affects directly and indirectly international legal system. It's in this context that this study develops the concepts of *lex mercatoria* and the Unidroit Principles of International Commercial Contracts, dynamic ways found by the International trade operators to facilitate its activity and moving away from obstacles and formalities that impregnate the State normative frames.

**KEYWORDS:** Globalization – International trade – Unidroit principles – *Lex mercatoria* – General principles of law – Arbitration.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A *lex mercatoria*: 2.1 Considerações iniciais; 2.2 Histórico doutrinário; 2.3 A nova *lex mercatoria*: 2.3.1 Conceito de *lex mercatoria*; 2.4 Fontes da *lex mercatoria* – 3. Os princípios do Unidroit: 3.1 Considerações iniciais; 3.2 Origem e fonte de inspirações; 3.3 Aplicação dos princípios; 3.4 Formas possíveis de utilização dos princípios: 3.4.1 Modelo legislativo – O exemplo da Lituânia; 3.4.2 Guia para redação dos contratos; 3.4.3 Escolha pelas partes como norma reguladora do contrato – 4. *Lex mercatoria* e os princípios do Unidroit: 4.1 Goldman e os princípios do Unidroit; 4.2 Absorção da *lex mercatoria* pelos princípios; 4.3 Indicadores jurisprudenciais – 5. Conclusão – 6. Referências bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

Dentre os efeitos da globalização está o crescente poder econômico e, uma mudança no papel do Estado, principalmente, no que se refere à atividade privada em especial no Comércio Internacional.

A cada dia que passa o Comércio Internacional torna-se mais dinâmico, exigindo maior flexibilidade legal adaptável às suas novas condições, independente das fronteiras e barreiras entre os países e os seus sistemas jurídicos.

É neste contexto atual que temos uma mudança, uma renovação do conceito da *lex mercatoria*; assunto do primeiro capítulo deste trabalho. Far-se-á uma análise de sua origem histórica, conceito e fontes.

Uma vez colocada a questão da *lex mercatoria*, será feita uma apreciação dos Princípios do Unidroit para os Contratos Internacionais do Comércio, ferramenta do Comércio Internacional que comumente é apontada como fonte da *lex mercatoria*, mas que tem sido usada nas mais diversas circunstâncias. Inclusive, seu crescimento e amplitude nas práticas comerciais apontam para a possibilidade de absorção da *lex mercatoria* pelos referidos Princípios na institucionalização da *lex mercatoria* por meio dos Princípios do Unidroit.

Por derradeiro, trata-se de contrastar estes dois institutos do Comércio Internacional, trazendo à baila alguns julgamentos, a partir dos quais se pode auferir se realmente a combinação e complementação de ambos traz uma maior segurança jurídica as relações comerciais ou se acabam por gerar o efeito contrário com sua aplicação discriminada pelos árbitros.

## 2. A LEX MERCATORIA

### 2.1 Considerações iniciais

É possível apontar as grandes navegações como marco inicial do comércio internacional. De fato, as transações comerciais internacionais foram lidadas primeiro pelo direito marítimo pela civilização fenícia, em seguida as civilizações gregas

e romanas constituíram importantes fontes históricas do processo de desenvolvimento do comércio internacional.

Entretanto, certamente a Idade Média foi o período em que se deu o cume do desenvolvimento da autonormatização da atividade mercantil.<sup>1</sup> É neste momento histórico que nasce o *ius mercatorum*, sob o contexto do processo de urbanização através do fenômeno das corporações de classes, especificamente as corporações de mercadores para a proteção e assistência dos comerciantes.

O conceito de *lex mercatoria* foi construído no decorrer do desenvolvimento do comércio internacional. Apesar de existência da *lex mercatoria* nas civilizações humanas antigas, e de ter sido praticada amplamente durante a Idade Média, existe uma discussão quanto à sua aplicação nas relações de comércio internacional modernas.

## 2.2 Histórico doutrinário

É possível distinguir um início de uma discussão doutrinária na presente temática, sob a denominação de um “direito transnacional”, com o Juiz Philip Jessup, que usou este termo no sentido de ser “todo direito que regula ações ou eventos que transcendem fronteira nacional. Tanto direito internacional público como privado incluem-se, assim como outras normas que não se ajustam plenamente em tal padrão categórico”.<sup>2</sup>

Nota-se que esta concepção reconhece a inter-relação das ordens jurídicas nacionais e o caráter transnacional das relações entre povos e nações. O doutrinador Goode critica, arguindo que, em matéria comercial, prefere utilizar o termo “direito comercial transnacional” à adoção do termo “direito transnacional”, dado que este seria demasiadamente amplo, de forma a incluir em seu bojo o direito nacional do comércio internacional e regras de conflito de normas nacionais. Em sua visão,

“‘direito comercial transnacional’ é concebido como direito que não é particular ou produto de um único sistema jurídico, mas representa a convergência de normas de diversos sistemas jurídicos ou até mesmo, na visão de seus expositores mais abrangentes, um conjunto de normas que estão inteiramente anacionais e

- 
1. Ressalte-se que neste momento ‘os mercadores’ não são identificados com a noção política e econômica de classe que passou a ser difundida apenas após o Marxismo – a partir do século XIX.
  2. JESSUP, Philip. *Transnational Law* (1956) apud MANIRUZZAMAN, Abul FM. *The lex mercatoria and international contracts: a challenge for international commercial arbitration? American University International Law Review*, vol. 14. n. 3. p. 660. Washington D.C., 1998. Trad. livre: “all law which regulated actions or events that transcend national frontiers. Both public and private law international law are included as are other rules which do not wholly fit into such standard categories”.

tem sua força em virtude do uso internacional e sua observância pela comunidade mercante. Em outras palavras, são as normas, não meramente as ações ou eventos, que atravessam as fronteiras nacionais.”<sup>3</sup>

Inúmeros são os autores que proclamam o surgimento de direito específico para as relações comerciais internacionais desvinculadas do direito interno. Assim como o Prof. Goode, o Mestre Clive Schmitthoff tampouco hesita em aclamar um direito do comércio transnacional.

Dentre os primeiros a sinalizar uma *lex mercatoria* originária da prática comercial entre os comerciantes, desvinculado das normas legais do Estado, foi Berthold Goldman em 1964. Em seu artigo “Archives de Philosophie de Droit”, o autor buscou estabelecer ao que poderia afirmar-se como os primeiros traços de uma nova *lex mercatoria*, base para um direito positivo distinto e autônomo – que regula o comércio internacional – livre de barreiras e restrições impostas pelos direitos nacionais.

### 2.3 A nova *lex mercatoria*

A ideia central desta nova *lex mercatoria* estaria fundada na comunidade atuante no comércio internacional, pela reiterada prática de atos e contratos conjuntamente com o âmago de criar regras próprias à sua atividade, que convergem em um direito autônomo anacional.

Este conceito está embasado no *ius mercatorum* nascido no século XI, acompanhando os costumes comerciais, com jurisdição especial, com fulcro na autonomia corporativa e sem intervenção do Estado, adaptado ao contexto do fim do século XX.

Ressalte-se que o contexto deste período difere-se do anterior. As nações encontram-se divididas por interesses comerciais conflitantes, principalmente no que tange os países em desenvolvimento e os desenvolvidos.

A conjuntura da ordem internacional do século XX, fortemente caracterizada pela descolonização, resultou na criação de novos Estados, sobretudo africanos e asiáticos. Existindo desde então um grande conflito de interesses entre as empre-

---

3. GOODE, Roy. Usage and Its Reception in Transnational Commercial Law. 46 INT'L & COMP. L. Q. 1, 2-3 (1997) apud MANIRUZZAMAN, Abul FM. *The lex mercatoria and international contracts: a challenge for international commercial arbitration* cit., p. 660. Trad. livre “transnational commercial law is conceived as law which is not particular to or the product of any one legal system but represents a convergence of rules drawn from several legal system or even, in this view of its more expansive exponents, a collection of rules which are entirely anational and have their force by virtue of international usage and its observance by merchant community. In other words, it is the *rules*, not merely the actions or events, that cross national boundaries”.

sas estrangeiras, oriundas de países desenvolvidos que investiam nestes países e os mesmos, por exemplo: A aplicação de uma *lex mercatoria* em que predomina o pensamento e consequentemente os interesses dos países desenvolvidos – tradicionalmente formuladores do pensamento – poderia gerar um desequilíbrio no comércio internacional.

Frise-se que o contexto da nova *lex mercatoria* é totalmente diverso daquele em que se tiveram as primeiras tentativas de um direito dos mercantes, como a guisa de ilustração, foi a Lei do Mar de Rodes, do ano 300 a.C., adotadas por gregos e romanos e posteriormente aplicada no restante da Europa, ou as regras de direito marítimo desenvolvidas pelo Imperador Basílio I no século IX ou já no século XIV, o Consulado do Mar – com a reunião de costumes do comércio marítimo pela Corte Consular de Barcelona e aceita em quase todos os centros comerciais marítimos da Europa.<sup>4</sup>

A diferença reside em que após o século XIV, tem-se o fortalecimento do Estado Nacional Moderno e o enfraquecimento das sociedades corporativas. Deve-se notar que o conceito *lex mercatoria* é conflitante com o próprio conceito de Estado já que se tratam de realidades jurídico-políticas distintas. A aplicação de um corpo de regras jurídicas supranacionais, desvinculadas do Estado Soberano nas relações comerciais internacionais, conflita com a tendência codificadora nos séculos XVIII e XIX.

Pode-se inclusive afirmar que a aplicação da *lex mercatoria* por juizes nacionais é incompatível com a concepção da *lex mercatoria* em si – com seu vínculo corporativo com a comunidade de profissionais ou dos operadores do comércio internacional – daí decorre o atrelamento com a arbitragem. Uma vez o litígio sendo solucionado por arbitragem, a efetividade da decisão não repousa na força do Estado, mas na corporação de que as partes são membros. Frise-se que as regras contidas na *lex mercatoria* desenvolvem-se no comércio internacional, embora nem sempre sejam previstas no direito interno, não necessariamente conflitam com este, na verdade, em regra frequentemente são compatíveis com os princípios que regem o direito obrigacional. Apesar dos Tribunais poderem dar-lhe efetividade, fundamentando-se em princípios como *pacta sunt servanda*, boa-fé ou em sua adequação aos princípios gerais de direito, isso não será aplicado quando a norma de ordem pública local for afetada, caso em que os Tribunais são compelidos a afastar aplicação da regra costumeira internacional.

Nesta acepção, deve-se lembrar a decisão do Tribunal de Grande Instância de Paris, adotada em 1981, em que tendo em vista o caráter internacional do contrato,

---

4. Huck, Hermes Marcelo. *Lex mercatoria – Horizonte e fronteira do comércio internacional*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. vol. 87. p. 213-235. São Paulo, jan.-dez. 1992. p. 216.

decidiu abandonar todas as referências que o vinculariam a uma legislação específica, turca ou francesa, e aplicou a *lex mercatoria* internacional.<sup>5</sup>

Inclusive Schmitthoff, um dos defensores da *lex mercatoria*, reconhece que apesar do caráter internacional deste corpo de normas, este deve ser conciliado com o conceito de soberania estatal – moderno – sobre qual a estrutura da ordem internacional contemporânea apoia-se.<sup>6</sup>

### 2.3.1 Conceito de *lex mercatoria*

Diversos autores tentaram conceituar *lex mercatoria*, inclusive alguns autores se posicionam de forma contrária a esta em razão das “normas” ou princípios existentes na *lex mercatoria* ou decorrente dela não provirem da estrutura estatal (visão na qual o Direito provém do Estado). Na verdade, o que difere é o sentido e amplitude dada a *lex mercatoria*, vejamos:

O precursor da *lex mercatoria* Goldman a define como “conjunto de princípios e regras costumeiras, espontaneamente referidos ou elaborados no quadro do comércio internacional, sem referência a um sistema particular de lei nacional”.<sup>7</sup> Por seu lado, Schmitthoff considera como princípios comuns de leis relacionados aos negócios comerciais internacionais ou regras uniformes aceitas por todos os países.<sup>8</sup>

Nota-se uma contenda entre estes conceitos, principalmente no que se refere ao papel do Estado na *lex mercatoria*. Apesar desta definição de Goldman ser mais realista e atender à realidade dos direitos nacionais – inicialmente, em sua definição em 1964, o autor apontava a *lex mercatoria* como autônoma e independente, uma verdadeira ordem jurídica supranacional – todavia, é possível averiguar que permanece a noção de uma *lex mercatoria* afastada das leis nacionais. Neste sentido, é possível criticar levantando que o Estado ainda desempenha uma função no comércio internacional moderno, quer com o poder jurisdicional – traçando limite e trazendo regulação a este – quer como sujeito de Direito Internacional Público –

---

5. Nota da autora: durante o início dos anos 80 a Suprema Corte Austríaca no caso *Palback Ticaret Limited Sirkety* (Turquia) v. *Norslov S.A.* (França) reconheceu a viabilidade da *lex mercatoria*. Este mesmo caso foi apresentado à Corte de Cassação Francesa que, de mesma forma, reconheceu a mesma *lex* como aplicável.

6. Schmitthoff, Clive M. *Commercial law in a changing economic climate*. London: Sweet & Maxwell, 1981. p. 21.

7. GOLDMAN, Berthold. The applicable law: general principles of law – The *lex mercatoria*. In: LEW, Julian D. M. (ed.) *Contemporary Problems in International Arbitration*, 1985. p. 116.

8. Schmitthoff, Clive. Nature and Evolution of the Transnational law of Commercial Transactions. *The Transnational Law of International Commercial Transactions*. Schmitthoff and Horn, ed. 19787.

firmando acordos e tratados internacionais – quer internamente mediante práticas de políticas tributárias, normas alfandegárias entre outras.

Por sua vez, Schmitthoff assinala um papel ativo dos países na formação da *lex mercatoria*, já que para ele ou estes princípios originam-se do que as leis sobre comércio internacional têm em comum ou regras que passam pelo crivo dos países.

Outra visão é levantada por Lando, que conceitua o instituto como regras de direito que são comum a todos ou a maioria dos envolvidos no comércio internacional ou para aqueles Estados envolvidos numa disputa comercial – não sendo tais regras identificáveis, aplicando-se aquelas que pareçam ser as mais apropriadas e equitativas.

Parte da crítica feita a aplicação desta *lex mercatoria* é justamente que ela pode refletir apenas regras comuns a maioria dos envolvidos no comércio internacional e esta maioria seria justamente a prática dos mais fortes, com maior poder econômico e inclusive político e, por consequência, detentores de uma capacidade de barganha mais ampla. No final do conceito levantado por Lando, nota-se inclusive que serão aplicadas as regras mais apropriadas e equitativas, o questionamento que se deve fazer é justamente quem teria esta autoridade para definir o que é apropriado e equitativo uma vez que se trataria de um direito espontâneo criados pelo próprios operadores do comércio internacional.

Já para Lange, a *lex mercatoria* trata-se das regras do jogo do comércio internacional.<sup>9</sup> Por sua vez, para Goldstajn trata-se do corpo de normas que regem as relações internacionais de natureza de direito privado, envolvendo diferentes países.<sup>10</sup>

Com distinção, o Prof. José Carlos de Magalhães afasta-se de definições precisas e conceitua *lex mercatoria* como “as regras costumeiras desenvolvidas em negócios internacionais aplicáveis em cada área determinada do comércio internacional, aprovadas e observadas com regularidades”.<sup>11</sup>

Conceito que condiz que a espontaneidade existente na *lex mercatoria* e considera a prática como parte fundamental deste instituto. Apesar de carregar consigo a mesma problemática da sujeição de aprovação, em realidade a dificuldade é definir quem teria legitimidade para tal. Ademais de sopesar os setores do comércio separadamente, ponto essencial dado que se nota uma diferenciação entre o exercício realizado entre cada área. À guisa de ilustração, podemos apontar o artigo de

---

9. LANGE, *Transnational Commercial Law*, Leiden, 1973 apud MAGALHÃES, José Carlos de. *Lex mercatoria: evolução e posição atual*. RT 709/43.

10. GOLDSTAJN. *The new Law Merchant*, in *Festschrift Fuer Clive Schmitthoff*, 1973 apud MAGALHÃES, José Carlos de. Op. cit., p. 43.

11. MAGALHÃES, José Carlos de. Op. cit., p. 43.

Charles Molineaux no *Jornal Internacional de Arbitragem*, que assinala uma *lex constructionis* referente ao campo da construção internacional.<sup>12</sup>

Para uma melhor compreensão dos conceitos acima expostos cabem algumas observações. Apesar de Goldman acreditar que a *lex mercatoria* existia e era imperativa para regular o comércio internacional, o autor constatava a pressão dentro do sistema criada pelo atores mais fortes, o que importaria em uma aceitação da sistemática da *lex mercatoria* aos economicamente mais fracos.

Essa preocupação é evidente. Esse pensamento é inclusive ilustrado por Arnold Wald que, ao versar sobre a temática, frisa a importância de uma postura ativa dos juristas brasileiros em relação à *lex mercatoria*, não devendo ser meros espectadores, mas sim participantes de sua construção no plano profissional e doutrinário na dinâmica da elaboração desta.<sup>13</sup>

#### 2.4 Fontes da *lex mercatoria*

As fontes tradicionais dos contratos internacionais relacionadas ao comércio internacional provêm do Direito Internacional Privado. Como foi exposto, dentre as consequências das relações internacionais de caráter econômico (expansão dos negócios internacionais, parcerias empresariais e empresas multinacionais) no Direito foi o “*Droit International des Affaires*” ou a nova *lex mercatoria*.

Dentre os proponentes da *lex mercatoria* existe controvérsia quanto às fontes admissíveis para a mesma.

O Prof. Lando listou diversos elementos ao invés de fontes como segue: direito internacional público, lei uniforme, princípios gerais do Direito, regras das Organizações Internacionais, costumes e usos, contratos modelos e laudos arbitrais.

Por sua vez, na visão de Goldman, a *lex mercatoria* deriva dos princípios costumesiros e espontâneos – o que em regra restringe o que poderia ser considerado como fonte.

Esta visão de Goldman recebe críticas no sentido que a repetição de transações na mesma forma poderia criar não mais que um grupo de normas peculiares para o comércio individual, de maneira a criar uma rede de sistemas paralegais. O que se abaliza como inconsistente com a premissa teórica da *lex mercatoria*, que surgiria espontaneamente da estrutura do comércio internacional tomado como um todo indivisível.<sup>14</sup>

---

12. Ver: MOLINEAUX, Charles. Moving toward a construction *lex mercatoria* – a *lex constructionis*. *Journal of International Arbitration*, vol. 14, n. 1, p. 55-66. Geneva, mar. 1997.

13. WALD, Arnaldo. A introdução da *lex mercatoria* no Brasil e a criação de uma nova dogmática. *Revista de Informação Legislativa*, vol. 32, n. 127, p. 13-16. Brasília, jul.-set. 1995.

14. MLSHLL, Lord Justice Michael. *The new Lex Mercatoria: The first Twenty-five Years*. Liber Amicorum for the Rt. Hon. Lord Wilberforce 149, 174, n. 82 (Maarten Bos & Ian Brownlie eds, 1987).

Já sob o prisma do Doutrinador Goode, somente os princípios gerais e usos não codificados constituem a *lex mercatoria*. Sob sua influencia em trabalho recente, o Docente Dasser aponta somente os usos do comércio e os princípios gerais de direito como fontes genuínas.<sup>15</sup>

A maior parte da doutrina aponta como fontes da *lex mercatoria*, além dos usos e costumes comerciais internacionais e os princípios gerais do direito, os contratos-tipo, a jurisprudência arbitral, os Tratados e Convenções de Direito Uniforme, as leis modelos e o direito interno.

Os usos comerciais derivam da adoção voluntária e repetida dos mesmos procedimentos por parte da generalidade dos operadores comerciais econômicos. Os costumes são estabelecidos a partir de uma prática comum constante, evolutiva e fundada na consciência de sua obrigatoriedade – *opinio iuris*.<sup>16</sup> Tanto os usos como os costumes comerciais internacionais são considerados uma das mais importantes fontes da *lex mercatoria*, razão pela qual a maioria das organizações representativas das comunidades comerciais dedicam-se ao trabalho de uniformizar os procedimentos comerciais, elaborando ordenamentos, que incorporam com a mesma eficácia da normatividade formal, como é o caso, entre outros, dos Incoterms, das Regras Uniformes sobre Garantias Contratuais e dos Créditos documentários. Dentre as maiores bandeiras do comércio internacional hoje são justamente a unificação, uniformização e harmonização do direito comercial.

Os princípios gerais do direito geralmente derivam do Direito Comparado de diversos ordenamentos nacionais ligados às relações contratuais e do raciocínio abstrato dos árbitros. Apenas com caráter ilustrativo, pode-se citar o princípio da boa-fé objetiva, *pacta sunt servanda*, culpa *in contrahendo*, *exceptio non adimplenti contractus*, vícios do consentimento, dever de limitar danos, entre outros.<sup>17</sup>

Por fim, comumente também cita-se como fonte de *lex mercatoria*, as Incoterms<sup>18</sup> e os contratos-tipo que seriam regulamentações ou fórmulas de contratos, pa-

---

Nota da autora: a fundação teórica deste autor tem o propósito de tratar a *lex mercatoria* como corpo do direito substantivo.

15. DE LY, Filip. *Feloc Dasser's Internationale Schiedsgerichte und Lex mercatoria Rechtsvergleichender Beitrag zur Diskussion Uber Ein Nichtstaatliches Handelsrecht*, 39 Am. J. Comp. L. 627 (1991) *apud* MANIRUZZAMAN, Abul F. M. Op. cit., p. 667.
16. Nota da autora: Pode-se dizer que dois elementos indicam os fundamentos da obrigatoriedade do costume internacional, a saber: elemento material (uso, prática e tempo) e o psicológico (convicção da obrigatoriedade deste uso – *opinio iuris*).
17. AMARAL, Ana Paula Martins. Fontes do direito do comércio internacional. *Jus navigandi*, ano 9, n. 582. Teresina, 09.02.2005. Disponível em: [http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6261]. Acesso em: 17.08.2006.
18. Nota da autora: é a abreviação da expressão “International Commercial Terms” trata-se de regras criadas pela Câmara de Comércio Internacional (CCI) com o fim de administrar conflitos oriundos da interpretação de contratos internacionais entre exportadores e im-

dronizadas, com inúmeros pontos em comum, somente se diferenciando nas particularidades de cada ramo do comércio. Normalmente são elaborados por organizações ou associações internacionais que buscam uniformizar a prática comercial.

Dentro desta busca de uniformização e harmonização do Direito internacional Privado, o Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (doravante Unidroit)<sup>19</sup> elaborou os princípios do Unidroit (doravante referido somente como Princípios). Princípios os quais são comumente indicados como fonte da *Lex mercatoria*.

Diversas normas de Direito Uniforme elaboradas pelo Unidroit revestem-se na forma de Convenções Internacionais. No entanto, a dificuldade da formalidade deste processo, ademais dos longos e tardios procedimentos para que estas entrem em vigor quando, e principalmente, quando se refere ao Comércio Internacional, que tem em sua própria natureza a exigência de agilidade, flexibilidade dinamicidade, trouxe como consequência o incremento de formas alternativas de unificação, tal como os Princípios.

Frise-se que a criação destes princípios está relacionada à ideia de evitar uma restrição de “localização” dos contratos internacionais do comércio em uma estrutura de um único sistema legal nacional. No lugar disto busca sujeitá-los a princípios e regras de caráter supranacional ou anacional, usualmente referidos como “princípios gerais do direito” ou *lex mercatoria*, no entanto, desde sua criação doutrinária tem sido alvo de inúmeras críticas. Dentre as objeções levantadas com mais frequência é a ausência de uma definição precisa da natureza e do conteúdo destes princípios e regras, de maneira que recorrer a estes inevitavelmente levaria na solução de cada caso individual em um resultado imprevisível, se não arbitrário.

Existem pensadores, como Michael Joachim Bonell, para quem este argumento perde força com a publicação dos princípios do Unidroit.<sup>20</sup> No entanto, antes de

---

portadores concernentes à transferência de mercadorias, à despesas decorrentes das transações (riscos e custos) e a responsabilidade sobre perdas e danos, dando uma interpretação uniforme dos procedimentos comerciais internacionais, definindo direitos e obrigações dos dois polos em múltiplos aspectos da operação.

19. Nota da autora: O Instituto para a Unificação do Direito Privado – Unidroit – é uma organização intergovernamental independente que foi criado em 1926, pela Liga das Nações, como órgão auxiliar da Sociedade das Nações, foi reformulada em 1940, após dissolução desta organização, com base em um acordo multilateral – o Estatuto orgânico do Unidroit. Seu objetivo consiste em estudar as necessidades e métodos para modernizar, harmonizar e coordenar o direito privado entre os Estados, em especial, o direito comercial entre Estados e grupos de Estados. Tem sua sede em Roma e entre seus sessenta membros têm Estados que pertencem aos cinco continentes e que representam os diversos sistemas jurídicos, econômicos e políticos existentes, dentre os quais o Brasil. Disponível em: [www.unidroit.org/]. Acesso em: 21.08.2006.

20. The Unidroit principles of international commercial contracts: towards a new *lex mercatoria*? *Revue de Droit des Affaires Internationales*, n. 2. p. 145. Paris, 1997.

afirmar qualquer coisa a respeito se faz necessário ressaltar alguns aspectos dos princípios no capítulo que se segue.

### 3. OS PRINCÍPIOS DO UNIDROIT

#### 3.1 *Considerações iniciais*

Com a circulação internacional de mercadoria, serviços e pagamentos – com criação de riquezas e mobilidade dos fatores de produção – surgiram tentativas de unificação internacional do direito dos contratos e conseqüentemente novas fontes. Neste bojo surgiram Convenções Internacionais, tais quais: Convenção de Haia de 1955 sobre a lei aplicável às vendas de caráter internacional de objetos móveis corpóreos no seio da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado,<sup>21</sup> a Convenção das Nações Unidas sobre contratos relativos à venda internacional de mercadorias, celebrada em Viena, sob a égide da Uncitral – United Nations Commission for International Trade Law – em 11.04.1980,<sup>22</sup> a Convenção de Genebra sobre Representação em matéria de Venda internacional de Mercadorias elaborada sob o auspícios do Unidroit, de 1983,<sup>23</sup> a Convenção de Haia sobre a Lei aplicável aos contratos de venda internacional de mercadorias concluída em 22.12.1986 no seio da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado,<sup>24</sup> a Convenção Interamericana sobre o Direito Aplicável aos Contratos Internacionais elaborada na V Conferência Especializada Interamericana sobre Direito Internacional Privado – CIDIP V – em março de 1994,<sup>25</sup> dentre outras.

---

21. Nota da autora: cabe ressaltar que a Conferência de Haia de Direito Internacional Privado (cuja primeira reunião data de 1893), tornou-se uma organização intergovernamental permanente de caráter global em 1955 após a entrada em vigor do seu estatuto. Conta com mais de 60 Estados membros e tem por objetivo maior a segurança jurídica apesar das diferenças entre os sistemas jurídicos. A Convenção está em vigor desde 01.09.1964. Ratificaram esta Convenção a Dinamarca, França, Finlândia, Itália, Noruega, Suécia e Suíça. Disponível em: [www.hcch.net/index\_en.php?act=conventions.status&cid=31]. Acesso em: 28.08.2006.

22. Nota da autora: frise-se que até a presente data são 67 países que fazem parte da Convenção. No entanto o Brasil não é membro deste grupo de países, não sendo sequer signatário desta. Disponível em: [www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\_texts/sale\_goods/1980CISG\_status.html]. Acesso em: 02.09.2006.

23. Nota da autora: a Convenção foi firmada pelo Chile, Santa Sé, Marrocos, Suíça, Itália e França. Disponível em: [www.unidroit.org/english/implement/i-83.pdf]. Acesso em: 02.09.2006.

24. Vide nota n. 21.

25. Nota da autora: no âmbito da América Latina a Organização dos Estados Americanos (OEA) liderou o processo de uniformização e harmonização do direito internacional privado. Trabalho este elaborado pelo Comitê Jurídico Interamericano – comissão per-

Como aventado anteriormente, ademais dos tratados e convenções, o direito costumeiro passou a compor as novas fontes do comércio internacional. Estes ficavam sem grande aplicação em razão da dificuldade de incorporação e não reconhecimento (no direito nacional e nas decisões arbitrais respectivamente). Em decorrência, surgiu uma nova categoria de fontes não legislativa com o fim de unificação e harmonização do direito, dentre as quais destacam-se os princípios do Unidroit.

### 3.2 Origem e fonte de inspirações

A ideia de um “restatement of law”<sup>26</sup> dos contratos do comércio internacional avançou pela primeira vez na ocasião do colóquio internacional sediado em Roma em abril de 1968, na celebração de 40 anos da fundação do Unidroit.

Mas, foi em 1971 que foi incluído no Programa de trabalho do Instituto o que na versão original da Resolução na língua francesa foi chamado de *essai d'unification portant sur la partie générale des contrats (en vue d'une Codification progressive du droit des obligations 'ex contractu')* ou em inglês *Progressive Codification of International Trade Law*. Entretanto, em razão de outros comprometimentos do Instituto, a *Codificação Progressiva do Direito do Comércio Internacional*, que somente depois foi renomeado *princípios dos Contratos de Comércio Internacional* (“Principles of International Commercial Law”), por alguns anos não foi considerado prioridade na Organização.

Somente nos anos 80 um grupo especial de trabalho recebeu a tarefa de preparar o esboço dos capítulos dos Princípios. O grupo era composto de *experts* de direito contratual e do comércio internacionais dos diversos sistemas políticos, sociais e

---

manente do Conselho Interamericano de Jurisconsultos – do qual surgiram convenções interamericanas contendo normas materiais e conflituais em diversas áreas, com intuito de dar início ao processo de harmonização e uniformização do direito para os países do continente americano. Foram realizadas diversas Conferências Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIP – I, II, III, IV, V e VI, já tendo sido iniciados os preparativos para a CIDIP VII). A CIDIP V foi sediada na Cidade do México em 1994. Dentre os temas da CIDIP V destacam-se a lei aplicável aos contratos internacionais tendo sido concluída a Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais a qual foi assinada pelo Brasil em 17.03.1994 sem ter sido ratificada. Disponível em: [www.oas.org/DIL/CIDIPV\_signatures\_ratifications.htm]. Acesso em: 28.10.2006.

26. Nota da autora: O início do trabalho do comitê formado pelos juristas René David, Clive Schmitthoff e Tudor Popescu que representavam os sistemas de Direito Civil, Anglo-saxão e Socialista que se reuniram para pesquisar sobre a possibilidade de elaboração dos Princípios utilizou essencialmente o mesmo método do “Restatement of Conflict of Laws” – compilação do Direito americano de conflito de leis, tanto interno como internacionais, feita pelo ‘American Law Institute’, de caráter extra-oficial, ou seja não é promulgado como lei, no entanto com ampla aceitação na prática, sendo comumente citado nas decisões judiciais inclusive.

jurídicos, em sua maioria acadêmicos, mas todos ilustravam sua capacidade pessoal sem expressar a visão de seus governos.

Desde o esboço foi possível verificar a influência das codificações nacionais mais recentes no período, tal como o Código Comercial Uniforme dos Estados Unidos da América (*United States Uniform Commercial Code*) e instrumentos legais internacionais, tal qual a Convenção da ONU sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias – Uncitral – Viena – 1980, assim como instrumentos não legislativos elaborados por órgãos profissionais ou associações comerciais e amplamente usados no comércio internacional como as Incoterms.

Outra referência que também foi considerada quando da preparação dos Princípios foram os Princípios Europeus de Direito Contratual, que estavam sendo elaborados quase que concomitantemente com os do Unidroit.<sup>27</sup> Resguardadas as diferenças entre ambas, naturalmente o grupo do Unidroit tinha conhecimento do trabalho conduzido pela Comissão Europeia de Direito Contratual (também conhecida como “Lando Commission”) e vice-versa. Inclusive os grupos estavam lidando com os capítulos individuais em tempos diferentes, permitindo que um tivesse o resultado do outro, nem que na forma de esboço preliminar. Até mesmo esse conhecimento e troca era facilitada pelo fato que diversos *experts* eram membros de ambos os grupos.

Apesar de todas essas influências que marcaram a elaboração dos Princípios desde o início, existia no Grupo de trabalho duas filosofias conflitantes, a saber: de um lado os “tradicionalistas”, relutantes de afastar-se de princípios já previamente estabelecidos, principalmente se estes princípios faziam parte de seu sistema jurídico; de outro lado existiam aqueles “inovadores”, mais abertos para desenvolvimentos mais recentes, mesmo quando estes faziam parte de um sistema jurídico estrangeiro e não eram aceitos genericamente. Entre as duas filosofias foi encontrado um equilíbrio.<sup>28</sup>

A dificuldade para este comeditamento está justamente no fato que os Princípios foram modelados para satisfazer as necessidades da prática do Comércio Internacional e parcialmente pela necessidade de apreciarem-se as diferenças das situações econômicas e políticas existentes no globo.

Em uma breve análise dos Princípios observam-se alguns exemplos de princípios que ilustram essas duas situações. Nota-se a preocupação com a prática de comércio internacional, à guisa de ilustração aqueles referentes a noção da escrita e discrepância entre diferentes versões de línguas nos contratos (arts. 1.11 – definições e 4.7 – discrepâncias linguísticas dos Princípios do Unidroit versão de 2004, doravante Princípios (2004)) ou aqueles que fazem referência as diferenças formas

---

27. LANDO, O. *Unfair Contract Clauses and a European Uniform Commercial Code*. In: M. CAPPELLETTI (ed). *New Perspectives for a Common Law of Europe*, 1978. p. 267 e ss.

28. BONELL, Michael Joachim. *The Unidroit principles...* cit., p. 148.

de pagamento (arts. 6.1.7 Pagamento por cheque ou outro instrumento e 6.1.8 Pagamento por transferência de fundos dos Princípios (2004)).

Todavia, nota-se também disposições inspiradas em considerações políticas em um sentido amplo, em particular nas questões especiais existentes entre as relações econômicas Norte e Sul e Leste e Oeste, pode-se trazer à baila exemplos, tais como os princípios que regulam o contrato ou seus termos individuais contra injustiças (arts. 2.1.20 – cláusulas surpresa, 2.1.21 – conflito entre cláusulas “standard” e “não standard”, 3.10 – excessiva desproporção, 4.6 interpretação contra *proferentem*, 7.1.6 – cláusulas de exoneração).

### 3.3 Aplicação dos princípios

No preâmbulo dos Princípios estão seus propósitos e a primeira afirmação é justamente que “Estes princípios estabelecem regras gerais aplicáveis aos contratos mercantis internacionais”.<sup>29</sup>

Dentre as existentes, podemos destacar duas razões para justificar e limitar a aplicação dos Princípios aos contratos internacionais. Quando uma transação contém conexão factual com mais de um país que os conflitos entre as leis nacionais surgem, não somente na ausência de uma legislação internacional, mas também na aplicação de leis uniformes obscuras quanto ao seu significado preciso ou em caso de lacuna. Em segundo lugar, dada a considerável diferença que existe entre diversos países ou regiões atinente suas estruturas políticas e econômicas e desenvolvimento, os regimes jurídicos de contratos puramente domésticos ainda variam estimavelmente de país a país. Ao contrário no que tange as transações internacionais estatais, buscando garantir que seus nacionais tenham a mesma oportunidade dada aos concorrentes estrangeiros, em regra os Estados se determinam menos a impor sua lei e estão mais preparados para atribuir as partes uma autonomia mais ampla ao regular suas relações.<sup>30</sup>

Considerando que os Princípios refletem conceitos e proposições de diversos sistemas jurídicos desde sua ideia inicial, já existe a dificuldade de que estes são aplicáveis aos contratos comerciais internacionais sem definir precisamente o termo.

No que tange o critério de determinação do que caracteriza um contrato como internacional, é manifesta a existência de múltiplos meios em que se pode defini-lo. As soluções alcançadas pelas legislações nacionais e internacionais são variantes desde o critério de nacionalidade, domicílio ou residência das partes em diferente países à adoção de critérios mais genéricos como um contrato en-

---

29. “These principles set forth general rules for international commercial contracts.” Trad. livre. Disponível em: [[www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2004/blackletter2004.pdf](http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2004/blackletter2004.pdf)].

30. BONELL, Michael Joachim. *The Unidroit principles...* cit., p. 150-151.

volvendo uma escolha de leis de diferentes Estados ou afetando interesses do Comércio Internacional.<sup>31</sup>

Neste sentido, Maristela Basso aclara que os Princípios não adotaram um posicionamento específico quanto a aceção precisa de contratos mercantis internacional, vejamos:

“Daí porque os ‘princípios do Unidroit’ não adotam, expressamente, nenhum critério. Contudo, há neles a presunção que o conceito de internacionalidade dos contratos devem ser interpretados no sentido mais amplo possível, para que fiquem excluídas somente aquelas relações contratuais onde não exista nenhum elemento de internacionalidade, isto é, aquela cujos elementos de conexão se circunscrevem a um único país”.<sup>32</sup>

Assume-se, portanto, diante de uma interpretação o mais abrangente possível, de modo que exclua apenas aqueles casos em que todos os elementos relevantes do contrato em questão estão conectados com unicamente um país.<sup>33</sup>

Frise-se que desde 1927 – ano do julgamento francês *Affaire Péllissier du Basset* – foi introduzida a noção de contrato internacional o critério econômico, consagrando a expressão “fluxo e refluxo” através das fronteiras de bens, valores e capitais como dado fundamental na determinação do efeito internacional do contrato.

Considerando, pois, não somente o caráter jurídico, mas também o econômico. Portanto, mesmo para os Princípios pode-se avaliar como internacional o contrato que além de componente jurídico (produção de efeitos de direito em duas ou mais ordens jurídicas autônomas ao mesmo tempo), apresenta o componente econômico (fluxo e refluxo sobre as fronteiras com consequências significativas para mais de um país).<sup>34</sup>

No tocante a expressão “comercial” adotada pelo Unidroit, é possível afirmar que os Princípios aplicam-se aos contratos mercantis, comerciais – sem se apoiar na distinção que existe entre alguns sistemas jurídicos na tradicional distinção entre o caráter civil, mercantil ou comercial.

Na verdade desta forma a aplicação dos Princípios não se condicionará em se as partes contratantes tem ou não o status formal de mercante (“merchants” ou “com-

---

31. Nota da autora: Estes critérios citados encontram-se respectivamente no art 1(1), alínea (a) da Convenção das Nações Unidas relativa à Venda Internacional de Mercadorias – CISG; art. 1.º da Convenção sobre a lei aplicável às obrigações contratuais – Convenção de Roma de 1980; art 1.492 do Código de Processo Civil francês.

32. Basso, Maristela. Âmbito de aplicação dos Princípios do Unidroit sobre os contratos comerciais internacionais. *Revista Jurídica Unigran*, vol. 1, n. 2. p. 48-57. Centro Universitário da Grande Dourados, jul.-dez. 1999. p. 51.

33. Comentário 1 do preâmbulo. Unidroit – *International Institute for the Unification of Private Law. Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2004*. Rome: Unidroit, 2004.

34. Basso, Maristela. Op. cit., p. 52.

merçants”, “kauffleute”) ou se o contrato em questão são objetivamente de natureza comercial (“actes de commerce”, “kandelsgeschäfte”).

Tampouco é adotada aqui uma definição expressa e mais uma vez toma-se como regra o entendimento mais amplo possível (incluindo as tradicionais operações de compra e venda e prestação de serviço, assim como operações econômicas, de investimento entre outras). A ideia, em realidade, é excluir do escopo dos Princípios as chamadas “transações de consumo” – transações envolvendo quem não está agindo na direção de seu negócio ou profissão. Nesta linha, o Prof. Tallon aclara esta distinção como segue:

“Hoje na maioria dos países um corpo de normas está sendo desenvolvido, que se aplicam somente a relações entre partes que sejam profissional e um cliente não profissional. Esta distinção não é necessariamente a mesma da entre mercante e não mercante; e sobretudo a finalidade subjacente destas normas, que é a proteção do consumidor, é completamente diferente daquela do direito comercial”.<sup>35</sup>

Diante do acima referido, resta claro que se faz necessário excluir as relações de consumo do desígnio dos Princípios, ademais da não estarem inseridas no desígnio dos contratos do comércio internacional a proteção ao consumidor está vinculada à história política e jurídica de cada país e do comportamento da cada Estado e Governo para com seu cidadão. De tal sorte, que o critério adotado a nível nacional e internacional varia em demasia para distinguir entre contratos de consumidor e não consumidor.

Apesar dos Princípios não evidenciarem de forma expressa uma definição o comentário 2 do Preâmbulo, apontam que a suposição é de que o conceito de contrato comercial deve ser entendido no sentido mais amplo possível, de modo a incluir não somente as transações comerciais para o fornecimento ou troca de mercadorias ou serviços, mas também outros tipos de transações econômicas, tal como investimento, acordos de concessão, contratos de serviços profissionais etc.

### 3.4 Formas possíveis de utilização dos princípios

#### 3.4.1 Modelo legislativo – O exemplo da Lituânia

Os princípios pelas suas próprias características podem ser utilizados como modelo para legisladores nacionais e internacionais para elaborar novas leis ou

---

35. TALLON D., *International Encyclopedia of Comparative law*, vol. VIII, Specific Contracts, chap. 2, Civil and Commercial Law, Tübingen/The Hague/Boston/London, 1983. p. 82. “Today in most countries a body of rules is being developed which only apply to dealing between a party who is professional and a non professional customer. This distinction is not necessarily the same as between the merchant and non-merchant; and above all the underlying purpose of these rules, which is that of the protection of the consumer, is quite different from that of commercial law”. Trad. livre.

projetos para estas no campo do direito contratual ou em relação a transações específicas.

Frise-se que isto é possível já que os Princípios abrangem o que podemos denominar como ciclo vital dos contratos, leia-se, a formação, ou seja, período que inclui as negociações e elaboração do contrato em si, seria a “gestação” do contrato; a conclusão – quando o contrato se aperfeiçoa; e execução – momento em que o contrato se consuma e alcança seu fim útil. Em realidade, essa distinção é importante já que a adequação de vontade adquire contiguidades particulares em cada uma destas fases, sendo indispensável à constituição, modificação e extinção dos vínculos jurídicos.

Após a publicação dos Princípios, alguns países os utilizaram como fonte de inspiração para reforma na legislação doméstica, exemplo seria o Código Civil da Federação Russa ou projetos similares no Camboja, China, Estônia, Indonésia, Israel e Lituânia.

Para melhor ilustração analisar-se-á o caso da Lituânia. O parlamento lituano (“Seimas”) adotou o Novo Código Civil em 18.07.2000, entrando em vigor em 01.07.2001 em substituição do antigo Código Civil de 1964.<sup>36</sup>

Frise-se que este novo Código Civil se fazia necessário. A Lituânia foi invadida pela União Soviética e assim permaneceu por cerca de 50 anos, o que certamente causou sequelas diretas na regulação das relações civis – o sistema soviético aboliu a propriedade privada – todavia tudo mudou de repente após 1991, quando foi restabelecida a independência do país. Apesar das principais mudanças terem se dado no campo econômico e social, a vida cotidiana dos cidadãos foi transformada em praticamente todos seus aspectos. Isto foi refletido no campo legal com uma mudança repentina e maciça da legislação, o Código Civil antigo de 1964 foi emendado significativamente e não mais se tratava de um exemplo de uma legislação soviética, mas bem uma legislação que buscava regular as novas relações econômicas. Dadas emendas satisfizeram em um primeiro plano as necessidades das relações econômicas recentes, no entanto, o desenvolvimento econômico foi tão rápido que essas mudanças não mais proviam uma regulação apropriada.

Ressalte-se que é possível apontar diversas razões para essas alterações na legislação e adoção de um novo Código, focaremos em três delas, quais sejam: uma boa prática legislativa, após inúmeras alterações havia grande dificuldade para evitar discrepância e ambiguidade no texto, de maneira que se fazia necessário construir um texto único, harmônico e moderno que correspondesse com a realidade existente; mudanças rápidas no tecido social e no campo econômico, existiam relações

---

36. Nota da autora: Esta foi a primeira codificação nacional em Direito Civil após os Estatutos da Lituânia do Século XVI. Este código foi de grande importância para a sociedade lituana de tal forma que foi apelidado como “Constituição de Direito Privado”. Este estabeleceu os principais princípios das relações civis entre pessoas físicas e jurídicas.

que careciam de qualquer regulação, podemos trazer à baila o exemplo das “Factoring” que existiam no país desde aproximadamente 1997, mas a regulação relevante entrou em força somente com a adoção do novo Código Civil em 2000. Por último trazemos a preparação para ascensão à União Europeia, sendo uma grande influência em alguns setores tais como concorrência, societário, tributário entre outros relacionados com a relação civil privada conjuntamente com a questão da uniformização e harmonização, aí a utilização dos Princípios como instrumento de harmonização das normas domésticas.

Cabe salientar também que a nova legislação afetou o desenvolvimento de algumas das relações jurídicas, dado que os autores do projeto empenharam-se em elaborar uma legislação moderna incluindo institutos novos para a sociedade (carta de crédito, direito do consumidor, contrato marital, entre outros).

Dentro da organização deste código na parte referente às obrigações, alguns artigos foram agrupados os quais aludem às disposições do direito contratual (arts. 6.154 – 6.228). Estes foram preparados usando como base os Princípios, assim como outros instrumentos como a Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 05.04.1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores.<sup>37</sup>

E é justamente sob o ponto vista econômico que as mudanças de maior importância deram-se na área contratual. Neste sentido o Autor Mikelenas esclarece:

“O Código Civil de 1964 forneceu somente algumas regras gerais e algumas regras especiais a respeito de contratos específicos. Por exemplo, o Código Civil de 1964 não teve nenhuma parte geral de direito contratual e não estabeleceu o princípio da liberdade contratual. Tal situação causada pela economia planificada era compreensível porque o papel principal na economia planificada não pertencia aos contratos (...)

Na economia do mercado, o direito contratual tem um papel crucial. O contrato é a forma legal das relações comerciais. A economia de mercado, baseada na propriedade e iniciativa privada, precisa de regras eficazes a respeito de contratos. Estes devem fornecer o mecanismo legal para uma realização justa e igualitária de tais iniciativas privadas. Consequentemente, a tarefa principal no processo de realizar o esboço do Código Civil Novo era criar regras contratuais novas, modernas e eficazes, que tinha que corresponder à situação econômica modificada. Por outro lado, o direito contratual é uma instituição de direito privado em que as ideias de unificação e harmonização do direito são realizadas na maneira mais ampla. Assim, a criação de novas normas nacionais para contratos significa em realidade a transformação resultante da unificação regional ou transnacional e a harmonização do direito contratual no nível do sistema jurídico nacional. Isto é verdadeiro no que

---

37. Para mais informação ver o documento. Documento à disposição no site da União Europeia: [<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31993L0013:PT:HTML>].

diz respeito o Código Civil Novo da Lituânia – muitas disposições de direito contratual deste Código foram tiradas de instrumentos de unificação e harmonização conhecidos do direito contratual como os Princípios do Unidroit de contratos comerciais internacionais e os Princípios de direito Contratual europeu”.<sup>38</sup>

Nota-se, portanto no caso concreto da Lituânia, que passou por uma grande transformação política, social e econômica a mudança na seara jurídica se fez não só necessária, mas também uma consequência natural do contexto em que se encontrava. Principalmente a partir de 2004, quando o país ingressou na União Europeia, já que desde então essa mudança passa necessariamente a ser feita em concordância com a tendência de unificação e harmonização no direito internacional privado, caso em que a utilização dos Princípios torna-se quase que automática e um meio eficaz de fazer essas mudanças de acordo com a realidade global atual.

Ademais, do exemplo da Lituânia da utilização dos Princípios como modelo legislativo, existem diversos outros dentre os quais podemos apontar alguns. Desde o Relatório da Comissão para Revisão da Lei Alemã de Obrigações já existiam referências individuais aos Princípios.<sup>39</sup> Pode-se encontrar disposições idênticas e algumas correspondentes tanto no Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch*) como no Có-

---

38. MIKELENAS, Valentinas. The main features of the New Lithuanian Contract Law System Base don the Civil Code of 2000. *Juridica Internacional X/2005*. “The Civil Code of 1964 provided only a few general rules and some special rules regarding specific contracts. For example, the Civil Code of 1964 had no General Part of Contract Law, and it did not establish the principle of freedom of contract. Such a situation caused by the planned economy was understandable because the main role in the planned economy belonged not to the contract (...).In the market economy, contract law plays a crucial role. A contract is the legal form of business relationships. The market economy, based on private property and private initiative, needs effective rules concerning contracts. These must provide legal mechanism for a fair and equal realization of such private initiatives. Therefore, the main task in the process of drafting the new Civil Code was to create new, modern and effective contract rules, which had to correspond to the changed economic situation. On the other hand, contract law is an institution of private law in which the ideas of unification and harmonization of law are realized in the broadest manner. Thus, the creation of new national rules for contracts means in fact the transformation of results of the regional or transnational unification and harmonization of contract law at the level of the national legal system. This is true in respect of the new Civil Code of Lithuania – many contract law provisions of this code were borrowed from such well-known instruments of unification and harmonization of contract law as the Unidroit Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law.” Trad. Livre. Texto à disposição no site: [www.juridica.ce/get\_doc.php?id=882#search=%22MIKELENAS%20New%20Lithuanian%20Contract%20Law%20%22]. Acesso em: 24.08.2006.

39. Para ver a mais a este respeito: Bundesminister des Justice (ed.), *Abschlußbericht der kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts*, Köln 1992, p.149 e 165.

digo Comercial alemão (*Handelsgesetzbuch*). Disposições específicas dos Princípios foram escolhidas também no regramento contratual da Nova Zelândia por exemplo.<sup>40</sup>

### 3.4.2 *Guia para redação dos contratos*

A ideia de que os Princípios funcionam como guia para esboçar um contrato comercial internacional está fincado na ideia que as partes contratantes em aceção são provenientes de diferentes países, conseqüentemente poderiam ter dificuldade em comunicar-se entre si com base na terminologia advinda de um sistema jurídico nacional específico, o que inicialmente representa que um das partes não está de todo satisfeito com a situação.

A proposta seria que usando os termos e expressões adotadas pelos Princípios, assim como as interpretações dadas a estes, as partes estariam se posicionado favoravelmente a uma terminologia neutra durante a negociação e para a elaboração do contrato. Os Princípios seriam facilmente utilizados justamente por suas definições uniformizadas e acesso virtual nos principais idiomas.

A dificuldade encontrada nesta forma de emprego dos Princípios é precisamente apurar sobre como, quando e com que frequência tem sido feito e utilizado. No entanto, em setembro de 1996, foi feita uma pesquisa pelo Unidroit com intuito de apurar como os Princípios foram utilizados após seus dois primeiros anos de publicação.<sup>41</sup> Foi verificado que 59% daqueles que responderam a pesquisa indicaram que os Princípios foram usados nas negociações dos contratos para superar as barreiras linguísticas, como diretriz das questões a serem abordadas ou como modelo de disposições (o último sendo apontado como mais frequente por ao menos metade das respostas).

### 3.4.3 *Escolha pelas partes como norma reguladora do contrato*

No próprio preâmbulo dos Princípios consta que “Os Princípios deverão aplicar-se quando as partes tenham acordado que seu contrato seja regido por eles”.<sup>42</sup>

---

40. Para ver mais a respeito: SUTTON, R. Commentary on ‘Codification, Law Reform and Judicial Development’. 9 *Journal of Contract Law* (1996), p. 200 et seq. (p. 204-205).

41. Nota da autora: Em 1996 foi feita uma pesquisa formal para apurar informações detalhadas a respeito das maneiras diferentes em que os Princípios foram usados na prática. Um questionário detalhado foi preparado e circulado a cerca de 1000 indivíduos escolhidos entre aqueles que tinham mostrado um interesse particular nos Princípios durante sua preparação e/ou após sua publicação. No fim de dezembro do mesmo ano 208 respostas (em torno de 20% do número total dos questionários emitidos) tinham sido recebidos. As respostas vieram de 39 países das diferentes regiões do mundo. De maneira que os números referidos ilustram e fazem menção a esta pesquisa.

42. Dentre os dispositivos do preâmbulo dos Princípios (2004) “Estos principios deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rijan por ellos” Trad. li-

Frise-se que sempre se deve ter o conjunto dos Princípios como um todo em mente para que se possa analisá-los. À guisa de ilustração na questão da escolha dos Princípios como lei que regerá o contrato, primeiramente tem-se como pilar basilar o princípio da liberdade contratual (art. 1.1 dos Princípios (2004)), razão pela qual os contratantes podem submeter o contrato às regras contidas nos Princípios.

Ressalte-se que na nota de rodapé ao Preâmbulo existem duas sugestões de redação em caso das partes optarem pelos Princípios como norma que deve reger o contrato e estes funcionam como norte, vejamos. No primeiro deles os Princípios são colocados como única norma a regular contrato e em conformidade com o art. 1.4 dos Princípios (2004) com a aplicação das normas de caráter imperativo, sejam de origem nacional, internacional ou supranacional, que resultem aplicáveis consoante as normas pertinentes ao Direito Internacional Privado.<sup>43</sup> No evento de lacuna, as soluções deverão encontrar-se, sempre que possível, dentro do sistema dos Princípios, ou seja, segundo seus princípios gerais subjacentes (art. 1.6 dos Princípios (2004)).

No segundo exemplo dado como sugestão de cláusula os contratantes optam por uma lei doméstica em particular para regular todas as questões que não estão expressamente determinadas nos Princípios, ou seja, é destacada uma lei nacional para subsidiariamente solucionar as questões a serem levantadas.

Em ambos os casos é sugerido que as partes combinem a cláusula de escolha de lei com o acordo arbitral.<sup>44</sup> Já que até a atualidade somente no contexto da arbitragem comercial internacional é permitido as partes optarem pelos princípios e normas “anacionais” como o direito para regular o fundo da disputa.

A razão que motiva os contratantes a optarem pelos Princípios para regular seus contratos é apontada por Bonell que assevera que as normas que regulam o contrato são, muitas vezes um ponto de dificuldade na negociação uma vez que existe uma oposição em concordar na aplicação do direito doméstico de um das partes ou o claro inconveniente da escolha de um direito “neutro” estranho às partes envolvidas.<sup>45</sup>

Fica impresso que no caso específico da aplicação dos Princípios como norma reguladora contratual para os defensores destes, a vantagem dos Princípios seria exatamente a sua internacionalidade. Secundariamente é possível averiguar que

---

vrc. Disponível no site da Instituição: [[www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2004/blackletter2004.pdf](http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2004/blackletter2004.pdf)]. Acesso em: 26.08.2006.

43. Nota da autora: resta claro aqui em análise do art. 1.4 dos Princípios (2004) que a liberdade contratual fica condicionada à limitação da autonomia de vontade pelas normas de ordem pública.

44. Comentário 4(a) do Preâmbulo dos Princípios (2004).

45. BONELL, Michael Joachim. *The Unidroit principles...*, cit., p. 154.

também influenciam questões como sua linguagem e acesso facilitados, estrutura pensada e adequada aos contratos. Neste íterim a autora abaixo exemplifica:

“Os Princípios são neutros. As normas são concisas, organizadas claramente e convenientemente reunidas – no caso dos princípios do Unidroit – em volume reduzido, inferior à 200 páginas. O vocabulário sucinto, comentários límpidos e abundância de exemplos lidando com situações cotidianas foram todos elaborados para a facilitação do uso”.<sup>46</sup>

No entanto devemos atentar que é discutível se os Princípios se tratam ou não de um corpo de normas contratual autossuficiente. Se os Princípios em si são um sistema legal satisfatório. Se assim o fosse, as partes não necessitariam escolhê-los conjuntamente com um direito doméstico aplicável para as questões que não são cobertas pelos Princípios ou aplicando outros instrumento internacional como qualquer das Convenções sobre o tema.

É justamente na análise deste aspecto que é possível apontar os Princípios como fonte da *lex mercatoria* e não a institucionalização da *lex mercatoria* em si como alguns autores abalizam.

#### 4. LEX MERCATORIA E OS PRINCÍPIOS DO UNIDROIT

##### 4.1 Goldman e os princípios do Unidroit

Em 1993, em sua publicação “Novas reflexões sobre Lex Mercatoria”, Berthold Goldman elencou as fontes da *lex mercatoria* como segue:

“princípios geral do Direito Internacional Público e Privado ou especificamente econômico; convenções internacionais; lei estatais nacionais ou uniformes; regulamentos arbitrais; codificações profissionais; contratos-tipos; regras costumeiras ou usos não codificados; jurisprudência estatal ou arbitral”.<sup>47</sup>

---

46. BOELE-WOELKI, Katharina. Principles and Private International Law – The Unidroit Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: How to Apply Them to International Contracts. *Unidroit: Uniform Law Review/Revue de Droit Uniforme*, n. 4, p. 660, 1996. Trad. Livre. “The principles are neutral. The rules are concise, clearly arranged and conveniently collected – in the case of the Unidroit Principles – in a slim volume no more than 200 pages in length. The succinct wording, limpid comments and an abundance of examples dealing with real-life situations are all designed for easy use.”

47. Études de droit international em l’honneur de Pierre Lalive, Helbing & Lichtenhanhn. 1993, p. 241 e ss. Trad. livre: “Principes généraux du droit international public ou privé, ou spécifiquement économique; conventions internationales; lois étatiques nationales ou uniformes; règlements d’arbitrage; codifications professionnelles; contrats-types; règles coutumières ou usages non codifiés; jurisprudence étatique ou arbitrale”.

Nota-se que não há menção alguma aos princípios do Unidroit. E do outro lado, entre os inúmeros professores universitários listados no projeto da elaboração dos Princípios do Unidroit, tampouco consta Berthold Goldman. Diante disso, podemos afirmar que os Princípios e Goldman se ignoraram mutuamente, entretanto, os Princípios não ignoraram a *lex mercatoria*.

O preâmbulo dos Princípios prevê sua aplicação quando as partes aceitam que seu contrato seja regido pelos *princípios gerais do direito*, a *lex mercatoria* ou expressões semelhantes.

Berthold Goldman privilegiou as fontes da *lex mercatoria* de forma que estas fossem cada vez mais numerosas na construção de um direito espontâneo feito para os comerciantes e pelos comerciantes. O que no transcorrer dos anos levou a uma identificação da *lex mercatoria* com o uso do comércio internacional.

Entretanto, podemos distinguir algumas características dos Princípios que não seguem essa ideia, a saber, estes não se tratam de uma resposta espontânea, foram 13 anos de deliberação para alcançar a forma escrita; ademais foram elaborados por professores de direito e não operadores do comércio internacional.

Certamente, o que se pode asseverar é que se trata de uma nova fonte, já que os Princípios tem uma natureza original, não sendo classificados como uso nem princípios gerais de Direito, Convenção internacional e tampouco lei estatal.

A partir da ideia ampla de *lex mercatoria* de Berthold Goldman para quem "a *lex mercatoria* é precisamente um conjunto de princípios, instituições e regras, extraídos de todas as fontes que progressivamente alimentaram as estruturas e o funcionamento jurídicos próprios à coletividade dos operadores do comércio internacional".<sup>48</sup>

Ou seja, conforme o autor a *lex mercatoria* não se restringe a suas fontes, ademais estas estão em um constante progresso e evolução. Desta maneira, concluímos que para que os Princípios sejam considerados parte da *lex mercatoria*, é suficiente que sejam referidos no contrato e/ou que sejam aplicados pelas sentenças arbitrais.

Frise-se, ainda, que os Princípios e a *lex mercatoria* tem algumas características em comum, quais sejam, não são impostos por um Estado, são específicos às relações internacionais e tem uma vocação que se pode denominar universal.

Entretanto, a concepção de Berthold Goldman sobre *lex mercatoria* em que esta é uma ordem jurídica da sociedade internacional dos comerciantes, traz como con-

---

48. *La lex mercatoria dans le contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives*. Travaux du Comité français de droit privé, 1977-1979, p. 221 et ss., p. 236. Trad. livre "la *lex mercatoria* est précisément un ensemble de principes, d'institutions et de règles, puisés à toutes les sources qui ont progressivement alimenté les structures et le fonctionnement juridiques propres à la collectivité des opérateurs du commerce international".

sequência que os contratos internacionais se submeteriam a ela necessariamente. Apesar de termos visto diferentes acepções da *lex mercatoria*, quando se trata deste autor o prisma é que o instituto se trata de normas essencialmente segregadas por esta sociedade e que são diretamente imputáveis ela.

Todavia, seguindo esta linha de pensamento o mesmo não ocorre com os Princípios, ou seja, é mais difícil sugerir que todos os contratos internacionais são necessariamente submetidos aos Princípios já que são elaboradas por professores, que não teriam a autoridade apropriada consoante a doutrina do autor.

Apesar dessas diferenças sinaladas, os Princípios se inserem na continuidade do pensamento de Goldman, mas com os elementos aqui apresentado é possível concluir que de certa forma modifica natureza da *lex mercatoria*, entretanto, concomitantemente contribuem para sua sobrevivência.

#### 4.2 Absorção da *lex mercatoria* pelos princípios

A partir do estudo feito até o presente momento, afere-se que os Princípios vêm crescendo e ganhando notoriedade, tendo sido aplicados amplamente. Surgindo o questionamento sobre a possibilidade de estes substituírem o que até então denominamos *lex mercatoria* ou que se identifique o conteúdo dos Princípios como *lex mercatoria*.

Neste sentido, há sinais de desenvolvimento jurisprudencial, a guisa de ilustração uma sentença da Câmara de Comércio Internacional decidiu aplicar “as normas e princípios jurídicos aplicáveis às obrigações contratuais internacionais” e para isso recorreu aos Princípios.<sup>49</sup>

A sentença motivou tal decisão com base em que os princípios constituem regras precisas, foram elaborados por *experts* de todos os sistemas jurídicos e sem intervenção estatal, conseqüentemente refletem o consenso sobre as normas jurídicas internacionais e sobre os princípios que regem as obrigações contratuais internacionais.

Em realidade o recorrer, “exclusivamente”, ou mais bem, excessivamente, aos Princípios vai ao encontro de uma ideia mais recente segundo a qual a *lex mercatoria* é um método, consistente em deduzir o conteúdo das normas aplicáveis em uma pesquisa de direito comparado.<sup>50</sup>

Dentro dessa nova discussão sobre a temática, o Prof. Gaillard trouxe alguns esclarecimentos quanto a duas possibilidades existentes na atualidade. Elaboração de

---

49. Sentença n. 7.110 de 1995 (*Bulletin CCI* 1999, vol 10/2, p 40). Trad. livre “les règles et principes juridiques applicables aux obligations contractuelles internationelles”.

50. MAUER, Pierre. *Principes unidroit et lex mercatoria. L'actualité de la pensée de Berthold Goldman. Droit commercial international et européen*. 2004. p. 35.

uma lista de normas – como os Princípios – e ater-se a eles, com exceção de quando a questão está fora do domínio que estes cobrem; recorrer à análise comparada, fazendo intervir com mais fontes, o direito comparado sentido estrito, as convenções internacionais, a jurisprudência arbitral, as listas de regras. O doutrinador se posiciona favorável à segunda possibilidade sob duas argumentações: a ausência de lacunas, uma lista pode ser incompleta e o método comparativo conduziria sempre a um resultado; a reação mais rápida à evolução dos fatos e necessidades varáveis do comércio internacional.<sup>51</sup>

Para que os Princípios sejam considerados como a lista de normas da *lex mercatoria*, existe obstáculos, tal como a multiplicação de listas e, por conseguinte ao conflito de listas. Nestes termos, deve-se frisar que os princípios europeus de Direito Contratual não são suscetíveis de gerar este conflito de listas, contudo o mesmo não pode ser dito a respeito dos princípios elaborados pela Central, um centro de pesquisa criado na Alemanha por Klaus – Peter Berger que tem ambição de constituir um “super-lista”. Esta foi elaborada sobre a base de todas as listas já existentes e compreende os Princípios.

Em realidade este comportamento é bastante criticável e uma busca interminável, mesmo porque se pode criar posteriormente uma lista ainda mais completa que englobaria esta lista da Central – a uniformização exerce uma sedução em que cada um quer criar seu sistema uniforme, sem perceber que esse comportamento é contrário a uniformização. Criando-se um ciclo vicioso em que a o escopo final é uma política de imposição de interesses particulares de setores econômicos, países e instituições diversas atuantes no comércio internacional sobre aqueles que não tem a mesma força no mercado.

### 4.3 Indicadores jurisprudenciais

A partir de uma análise pontual de algumas decisões selecionadas verificaremos o atual comportamento e posicionamento jurisprudencial.

No caso do Brasil, foi escolhido o acórdão proferido pelo STJ no REsp 712.566/RJ (2004/0180930-0).<sup>52</sup> Apesar de jurisprudência favorável à arbitragem com base no Protocolo de Genebra em nossos tribunais superiores ser escassa e todavia este acórdão não representar uma cultura dominante dentro de nossos Tribunais Superiores.

No caso em tela, o Tribunal verificando o caráter internacional do contrato objeto do litígio entendeu pela aplicação do Protocolo de Genebra de 1923, consequen-

---

51. GAILLARD, Emmanuel. *Transnational Law; a legal system or a Method of Decision-Making?* In: K-P BERGER (ed.). *The Practice of Transnational Law*. Kluwer, 2001. p. 53 e ss.

52. Ver mais: TJRJ, Ap. 28808/2001 6CC; STJ, REsp 238.174/SP (1999/0102895-7); TJRJ, Ap. 191/97-070C – 6CC; STJ, REsp 616/RJ (8900098535).

temente submissão dos conflitos ao juízo arbitral e afastando a solução judicial. Acertadamente a fundamentação foi que nos contratos internacionais a aplicação dos princípios gerais de direito internacional sobrepõe-se às normas nacionais e que a solução do conflito arbitral representa a manifestação de vontade das partes, ademais da observância do princípio da boa-fé.

Por conseguinte, se o posicionamento é de que os contratos internacionais por sua natureza permitem a aplicação dos princípios gerais de direito internacional, seguindo a doutrina de Fouchard, para quem os princípios jurídicos transnacionais são autorizados pelas leis estatais sobre arbitragem que preveem que os árbitros apliquem as regras de direito escolhidas pelas partes e aquelas que este acreditam apropriadas, acrescentando a tendência de uniformização do direito internacional privado, a consequência naturalmente é de aplicação dos Princípios nos contratos internacionais.

Afinal, como já vimos os Princípios certamente refletem o processo de unificação e harmonização do direito e estão vinculados a ideia dos princípios gerais do direito do comércio internacional, mesmo porque se no contrato estiver previsto a aplicação da *lex mercatoria* ou dos princípios gerais do direito os árbitros estarão livres para aplicar os Princípios se assim acreditarem apropriado e cabível.

Ressalte-se que apesar de por vezes os Princípios não aparecerem implicitamente no corpo das decisões arbitrais, mesmo assim estes as influenciam diretamente. Um exemplo disso é o caso ARB(AF)/98/1 do Centro Internacional para Resolução de Disputas de Investimento (International Centre for the Settlement of Investment Disputes – ICSID), caso Joseph Charles Lemire v. Ukraine.<sup>53</sup>

Neste caso as partes submeteram o caso ao ICSID buscando o cumprimento (“performance”) apropriado ao acordo. Após o início do procedimento arbitral as partes negociaram e alcançaram uma solução. Seu acordo foi registrado em forma de laudo arbitral. Neste acordo existe uma seção intitulada “princípios da interpretação e a execução do acordo”, que contém as disposições a respeito da interpretação, a validade, a “performance” e “non-performance” do acordo. Todas as disposições da seção foram tiradas literalmente, com algumas adaptações menores, dos princípios de Unidroit, precisamente dos arts. 1.7, 3.3, 4.1, 4.2, 4.5, 5.1(3), 5.1(4), 6.2(1), 6.2(2), 6.2(3), 7.1.1, 7.1.4 e 7.1.5(1)(2)(3), tratando do princípio da boa-fé e lealdade negocial, impossibilidade inicial, intenção das partes, interpretação de declarações e outros atos, cooperação entre as partes, obrigações de resultado e

---

53. Ver mais: Arbitral Award – Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce – 29.03.2005; Arbitral Award – Ad hoc Arbitration, Brussels – Eureko B.V. v. Republic of Poland – 19.08.2005; Court of Justice of the European Communities – C-334/00 – Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA vs Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS) – 17.09.2002.

obrigações de empregar os melhores esforços, excessiva onerosidade (“hardship”) e suas consequências e descumprimento (*non-performance*).

Afere-se desta decisão arbitral que inclusive quando os Princípios não são citados diretamente ou utilizados para fundamentar as decisões arbitrais estes são usados pelas partes para evitar o conflito, e já estão, ao menos, inseridos nas práticas comerciais e são tomados como parâmetro e norte pelas partes e pelos árbitros.

Por fim, cabe trazer à baila a sentença de n. 8501 da Câmara de Comércio Internacional (CCI).<sup>54</sup> Neste caso, o contrato objeto da contenda não tinha uma cláusula designando a lei aplicável, no entanto, havia referência aos usos do comércio internacional (Incoterms e RUU 500).<sup>55</sup>

Tendo isso em vista e o Regulamento da própria CCI, o Tribunal concluiu pela aplicação dos usos e costumes do Comércio internacional e dos princípios gerais do direito comumente aceitos ao contrato. Em especial, o Tribunal referiu-se, naquele caso concreto à Convenção de Viena de 1980 sobre contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias e aos Princípios, que em seu entendimento revelam as práticas admitidas no direito comercial internacional. Destaque-se que inclusive a Convenção não seria aplicável ao contrato dado que o Estado de uma das partes não a ratificou, contudo o entendimento do tribunal é que os princípios consagrados na Convenção correspondem às normas e aos usos do Comércio amplamente admitidos. De tal forma que o Tribunal sopesa que pode fazer referência a estes como expressão do uso da esfera do comércio internacional.

O que se nota a partir desta sentença é que o tribunal arbitral retoma a noção de costumes, usos e princípios do comércio internacional aceitos sem distinguir estes conceitos. O Tribunal assumiu a partir do emprego das Incoterms e da RUU 500 pelas partes no contrato que existia vontade implícita da aplicação dos usos e costumes do comércio internacional e os princípios gerais do direito, o que indiretamente levou a submissão do contrato à Convenção de Viena e a aplicação dos Princípios do Unidroit, independentemente de qualquer menção a estes.

Decisão que atribui aos Princípios uma autonomia e aplicação mais ampla que os próprios criadores destes objetivavam. E certamente leva a reflexão se os Princípios tomaram um papel superior ao de uma fonte da *lex mercatoria*.

---

54. Ver mais: Final award in case n. 1795 of 1 december 1996. *Yearbook commercial arbitration*, 1999. p. 196-206; Sentence rendue dans l'affaire n. 8.486 en 1996. *Journal du droit international*, 1998. p. 1047-1052; Sentence rendue dans l'affaire n. 8.873 en 1997. *Journal du Droit International*, 1998. p. 1017-1027.

55. Nota da autora: RUU “Regras e Usos Uniformes sobre Créditos Documentários” consiste em um conjunto de regras que sistematiza os usos e costumes adotados no comércio internacional. Em 1994, as normas foram revisadas e editaram a última versão, a RUU 500 ou, a abreviação em inglês, UCP – Uniform Commercial Practices 500.

## 5. CONCLUSÃO

Uma vez delineadas as diferenças e características em comum entre a *lex mercatoria* e os Princípios do Unidroit, destacam-se alguns pontos na temática, a saber:

A partir da análise feita sobre a *lex mercatoria*, considerando sua evolução e o papel do Estado, atualmente, pode-se concluir que não há impermeabilidade entre a ordem jurídica estatal e a *lex mercatoria*, ao contrário do pensamento inicial em que se viam mutuamente como conceitos conflitante. A *lex mercatoria* utiliza a força coercitiva da *lex contractus* e seu reconhecimento pelos Estados às sentenças arbitrais.

Os operadores do comércio internacional utilizam os contratos como apoio da *lex mercatoria* e usam da força obrigatória que as ordens jurídicas atribuem a este. A *lex contractus* tem, assim, por efeito apenas de dar força obrigatória às normas de origem não estatais formalizadas pelo contrato. A *lex mercatoria* utiliza da mesma forma a força coercitiva reconhecidas pelos Estados às sentenças arbitrais. Não sendo essencial para a solução da questão a origem das normas utilizadas pelo árbitro, sob a reserva que esteja em conformidade com a ordem pública internacional que o Estado requer para sua execução, já que a *lex mercatoria* será aprovada na ordem jurídica estatal.

Nestes mesmos termos, pode-se afirmar que os Princípios do Unidroit, apesar de terem sido criados afastados das burocracias e dos moldes estatais, para que sejam impostos pelos árbitros às partes deverão igualmente respeitar o limite da ordem pública.

No entanto, um diferencial está justamente que os Princípios do Unidroit foram utilizados por alguns países como modelo legislativo para regular as obrigações contratuais, assim como, por vezes são utilizados como parâmetro para a redação do contrato, casos em que facilita a livre aplicação destes pelos árbitros na fase de solucionar eventuais litígios.

Tanto a *lex mercatoria* como os Princípios do Unidroit refletem e instrumentalizam-se através dos contratos e das decisões arbitrais, ou seja, empiricamente. Consequentemente e justamente por sua espontaneidade e dinamicidade há dificuldade em precisar se os Princípios do Unidroit realmente absorveram o que até então denominamos *lex mercatoria*.

Porém, o estudo aqui feito sinala que os dois institutos convivem conjuntamente, ou seja, sem se confrontar e impossibilitar a existência de ambos, sem que um englobe o outro.

No entanto, o que se deve frisar é ameaça existente de aplicar indiscriminadamente os Princípios do Unidroit. A jurisprudência da CCI é no sentido de uma ampliação na aplicação destes Princípios, inclusive mesmo quando as partes não tenham acordado que o contrato seja regido por eles, apesar de constar no corpo do preâmbulo, nos propósitos dos Princípios do Unidroit que estes deverão ser apli-

cados quando as partes acordarem que o contrato será regido por estes. O grande risco está em que estes sejam aplicados apesar desta aplicação não condizer com a vontade das partes.

A fundamentação legal está em que os Princípios do Unidroit corresponderiam a princípios gerais do direito aceitos e seriam uma expressão dos usos e costumes internacionais.

Neste sentido se faz necessário fazer alguns esclarecimentos. Vinculada à ideia de costume está a forma não escrita de sua expressão – um costume jurídico internacional prescinde de formalização para ser obrigatório. O costume internacional é aplicado como forma de uma prática geral aceita como sendo “direito”, donde se conclui a aplicação de um “costume geral”, não necessariamente unânime, que obriga a todos. O costume assim definido como uma prática comum, evolutiva, é reconhecido como um costume jurídico em razão de sua obrigatoriedade.

De outro lado, no que tange os Princípios gerais do direito, destacam-se dois posicionamentos: para Anzilotti, Kelsen e Scelle os princípios gerais de direito são simples fontes de decisão ou regra geral para as relações internacionais, independentemente das razões de sua produção; na outra vertente, aliados a Verdross, estão aqueles que defendem os princípios gerais de direito como um conjunto de princípios reconhecidos e presentes nos ordenamentos nacionais, entre os quais se deveriam distinguir quais princípios tomariam a qualidade de princípios genuinamente internacionais, subsidiariamente aos tratados e costumes.

Independentemente da linha utilizada, nota-se historicamente que os tribunais arbitrais fundamentam suas sentenças em princípios de direito universalmente reconhecidos. Princípios não somente concordantes entre Estados, mas inclusive aqueles princípios que lhes servem de fundamento. Fundamento do próprio Estado, os princípios gerais de direito internacional, obrigatórios em caráter geral, desempenham também um papel de coordenação das relações entre os Estados, por vezes determinando a aplicação de certas medidas e assunção de algumas posições que não estão, necessariamente, vinculadas a uma atividade jurisdicional de um órgão paraestatal.

A aplicação e interpretação de princípios gerais de direito internacional vem causando uma verdadeira revolução em conceitos basilares do direito internacional, provocando fortes movimentos renovadores na estática estrutura deste mesmo direito. Isto porque os novos desafios da comunidade do Comércio Internacional não encontram resposta nos tradicionais sistemas de solução de controvérsias. A função predominantemente “reparadora” dos órgãos jurisdicionais internacionais não responde a questões que exigem medidas imediatas e eficazes para a efetiva proteção da sobrevivência e funcionamento desta Comunidade. Os problemas não se resumem mais a reparação de direitos, mas à sua própria preservação.

Diante do exposto, conclui-se que a *lex mercatoria* facilitou e permitiu que os Princípios do Unidroit fossem inicialmente aplicados e inseridos na esfera do

Comércio Internacional. Todavia, atualmente, os árbitros encontraram uma fundamentação para aplicá-los de forma ampla, ademais de todas as outras formas em que os Princípios do Unidroit são usados, de maneira que se trata de uma ferramenta largamente empregada que a cada dia se aproveita mais, à qual os juristas brasileiros terão que se adaptar uma vez inseridos no mundo globalizado.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL, Ana Paula Martins. Fontes do direito do comércio internacional. *Jus navigandi*, ano 9, n. 582. Teresina, 09.02.2005. Disponível em: [http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6261]. Acesso em: 17.08.2006.
- \_\_\_\_\_. *Lex mercatoria e autonomia da vontade*. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*. n. 34. p. 85-91. Bauru, jan.-jun. 2002.
- ARAÚJO, Luis Ivani de Amorim. *Curso de direito internacional público*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- ARAÚJO, Nádia. A nova lei de arbitragem e os princípios uniformes dos contratos comerciais internacionais, elaborados pelo Unidroit. In: CASELLA, Paulo Borba (coord.). *Arbitragem: a lei brasileira e praxe internacional*. 2. ed. São Paulo: Ed. LTr, 1999.
- BASSO, Maristela. Âmbito de aplicação dos princípios do Unidroit sobre os contratos comerciais internacionais. *Revista Jurídica Unigran*. vol. 1. n. 2. p. 48-57. Centro Universitário da Grande Dourados, jul.-dez. 1999.
- BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento – Uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BERGER, Klaus Peter. The relationship between the Unidroit Principles of International Commercial Contracts and the new *lex mercatoria*. Verona Faculty of Law (Italy), 4-6 Nov. 1999. *Uniform Law review*. vol. 5. n. 3. p. 153-170. Rome, 2000.
- BERMAN, Harold J; KAUFMAN, Colin. *The Law of International commercial transactions (Lex Mercatoria)*. *Harvard International Law Journal*. vol. 19. n. 1. p. 221-277. Cambridge, 1978.
- BONELL, Michael Joachim. *An International Restatement of Contract Law. The Unidroit principles of international commercial contracts*. 2. ed. NY: Transnational Publications Inc. Irvington, 1997.
- \_\_\_\_\_. The Unidroit principles of international commercial contracts: towards a new *lex mercatoria*? *Revue de Droit des Affaires Internationales*. n. 2. p. 145-63. Paris, 1997.
- \_\_\_\_\_. The Unidroit Principles in Practice: The Experience of the First Two Years. *Unidroit: Uniform Law Review/Revue de Droit Uniforme*. n. 2. p. 34-45. 1997.
- \_\_\_\_\_. The Unidroit Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purposes? *Unidroit: Uniform Law Review/Revue de Droit Uniforme*. n. 1. p. 229-246. 1996.
- BOELE-WOELKI, Katharina. *Principles and Private International Law – The Unidroit Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European*

- Contract Law: How to Apply Them to International Contracts. *Unidroit: Uniform Law Review/Revue de Droit Uniforme*. n. 4. p. 652-678. 1996.
- CASELLA, Paulo Borba. Utilização no Brasil dos princípios Unidroit relativos aos contratos comerciais internacionais. In: \_\_\_\_\_ et al (coord.). *Contratos internacionais e direito econômico no Mercosul: após o término do período de transição*. 2. ed. São Paulo: Ed. LTr, 1999.
- FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- FALL, Aboubacar. Defense and illustration of *lex mercatoria* in maritime arbitration. *Journal of International Arbitration*. vol. 15. n. 1. p. 83-94. Geneva, mar. 1998.
- FIORATI, Jete Jane. A *lex mercatoria*: entre o direito e os negócios internacionais. *Revista de Estudos Jurídicos Unesp*. vol. 9. n. 13. p. 223-38. Franca, 2004.
- FORTIER, L. Yves. New trends in governing law: the new, new *lex mercatoria*, or, back to the future. *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*. vol. 16. n. 1. p. 10-19. Washington, 2001.
- GAILLARD, Emmanuel. Transnational Law: a legal system or a Method of Decision-Making? In: K-P BERGER (ed.). *The Practice of Transnational Law*. Kluwer, 2001.
- \_\_\_\_\_. Trente ans de *lex mercatoria*. Pour une application selective de la methode des principes generaux du droit. *Journal du Droit International*. vol. 122. n. 1. p. 5-30. Paris, jan.-mar. 1995.
- GOLDMAN, Berthold. The applicable law: general principles of law – The *lex mercatoria*. In: LEW, Julian D. M. (ed.) *Contemporary Problems in International Arbitration*, 1985.
- \_\_\_\_\_. *Frontières du droit et “Lex Mercatoria”*. *Le droit subjectif en question*. Archives de philosophie du droit. t. IX, 1964. p. 177-192.
- GRAUS, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- HUCK, Hermes Marcelo. *Lex mercatoria – Horizonte e fronteira do comercio internacional*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Sao Paulo*. vol. 87. p. 213-235. Sao Paulo, jan.-dez. 1992.
- HUMPHREYS, Gordon. La *Lex Mercatoria* en matiere d'arbitrage international: quelques differences dans les optiques anglo-francaises. *Revue de Droit des Affaires Internationales*. n. 7. p. 849-856. Paris, 1992.
- JUENGER, Friedrich K; SANCHEZ LORENZO, S. A. Conflictualismo y *lex mercatoria* en el derecho internacional privado. *Revista Española de Derecho Internacional*. vol. 52. n. 1. p. 15-47. Madrid, jan.-abr. 2000.
- KAYE, P. *International contracts governing law under the Contracts (Applicable Law) Act 1990 – a guide for the uninitiated*. Chichester: Barry Rose, 1993.
- KELSEN, Hans. *Derecho y Paz en las relaciones internacionales*. México D.F: Fondo Cultural Económico México, 1996.
- LAGARDE, P. *Approche critique de la Lex Mercatoria*. Le droit des relations économiques internationales: études offertes à Berthold Goldman. Paris, 1982.
- LANDO, O. Unfair Contract Clauses and a European Uniform Commercial Code. In: M. CAPPELLETTI (ed). *New Perspectives for a Common Law of Europe*. 1978.

- LOQUIN, Eric. *Ou en est la Lex Mercatoria? Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20e siècle*. A propos de 30 ans de recherche de Credimi: melanges en l'honneur de Philippe Kahn, 2000.
- MAGALHÃES, José Carlos de. *Lex mercatoria: evolução e posição atual*. *Revista dos Tribunais*. vol. 709. p. 42-45. São Paulo: Ed. RT, nov. 1994.
- MANIRUZZAMAN, Abul FM. *The lex mercatoria and international contracts: a challenge for international commercial arbitration? American University International Law Review*. vol. 14. n. 3. p. 657-734. Washington D.C., 1998.
- MAYER, Pierre. *Principes unidroit et lex mercatoria. L'actualité de la pensée de Berthold Goldman*. *Droit commercial international et européen*. 2004.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Coletânea de direito internacional*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2004.
- \_\_\_\_\_. *A nova lex mercatoria como fonte do direito do comércio internacional: um paralelo entre as concepções de Berthold Goldman e Paul Lagarde*. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*. n. 37. p. 39-73. Bauru, mai.-ago. 2003.
- MIKELENAS, Valentinas. *The main features of the New Lithuanian Contract Law System Base don the Civil Code of 2000*. *Juridica Internacional X/2005*
- \_\_\_\_\_. *Unification and harmonization of law at the turn of the millennium: The Lithuanian experience*. *Uniform Law Review*. vol. 5. n. 2. p. 243-261. 2000.
- MOLINEAUX, Charles. *Moving toward a construction lex mercatoria – A lex constructionis*. *Journal of International Arbitration*. vol. 14. n. 1. p. 55-66. Geneva, mar. 1997.
- MUSTILL, Lord Justice Michael. *The new Lex Mercatoria: The first Twenty-five Years*. *Liber Amicorum for the Rt. Hon. Lord Wilberforce* 149, 174, n. 82 (Maarten Bos & Ian Brownlie eds, 1987).
- PAMBOUKIS, Charalambos. *Lex mercatoria: an international regime without State?* *Revue Hellenique de Droit International*. n. 46. p. 261-267. Atenas, 1993.
- PEDERNEIRAS, Raul. *Direito internacional compediado*. 13. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965.
- RANGEL, Vicente Marota. *Direito e relações internacionais/textos coligidos, ordenados e anotados (com prólogo) por Vicente Marota Rangel*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2000.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ROCHA, Osiris. *Lex Mercatoria: a superação do Estado*. *Revista Forense*. vol. 91. n. 332. p. 427-30. Rio de Janeiro: Forense, out.-dez. 1995.
- ROSETT, Arthur. *Unidroit Principles and Harmonization of International Commercial Law: Focus on Chapter Seven*. *Unidroit: Uniform Law Review/Revue de Droit Uniforme*. n. 2. p. 441-450. 1997.
- SCHALLENMULLER, Claudia Jecov. *A lex mercatoria como fonte do direito do comércio internacional*. *Revista dos Acadêmicos de Direito Unesp*. vol. 1. n. 1. p. 75-84. Franca, 1998.
- Schmitthoff, Clive M. *Commercial law in a changing economic climate*. London: Sweet & Maxwell, 1981.
- \_\_\_\_\_. *Nature and Evolution of the Transnational law of Commercial Transactions*. *The Transnational Law of International Commercial Transactions*. Schmitthoff and Horn, ed. 19787.

- STRENGER, Irineu. *Direito do comercio internacional e lex mercatoria*. São Paulo: Ed. LTr, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Relações internacionais*. São Paulo: Ed. LTr, 1988.
- SUTTON, R. Commentary on 'Codification, Law Reform and Judicial Development'. 9 *Journal of Contract Law* (1996), p. 200 et seq. (p. 204-205).
- TALLON D., *International Encyclopedia of Comparative law*, vol. VIII, Specific Contracts, chap. 2, Civil and Commercial Law, Tübingen/The Hague/Boston/London, 1983
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *O direito internacional em um mundo em transformação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- ULISSES FILHO, Jose Viana. *Lex mercatoria, arbitragem e contratos econômicos: novas perspectivas internacionais*. *Revista da Esmape*. vol. 1. n. 2. p. 310-338. Recife, nov. 1996.
- VALLEJO, Manuel Diez de Vellasco. *Instituciones de derecho internacional público*. 20. ed. Madrid: Tecnos, 1999.
- VITOLO, Daniel. *Lex mercatoria*. Buenos Aires : Astrea, 1988. Série: Elementos del Derecho Comercial.
- WALD, Arnaldo. A introdução da *lex mercatoria* no Brasil e a criação de uma nova dogmática. *Revista de Informação Legislativa*. vol. 32. n. 127. p. 13-16. Brasília, jul.-set. 1995.
- WILKINSON, Vanessa L.D. The new *lex mercatoria* – Reality or academic fantasy? *Journal of International Arbitration*. vol. 12. n. 2. p. 103-117. Geneve, jun. 1995.
- YAMAMOTO, Toru. *Direito internacional e direito interno*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2000.

## PESQUISAS DO EDITORIAL

### Veja também Doutrina

- A nova *Lex Mercatoria* e o futuro do direito empresarial brasileiro, de Paulo Roberto Colombo Arnoldi e Israel Alves Jorge de Souza – *RDPriv* 28/212, *Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial* 1/251 (DTR\2006\641);
- "Lex Mercatoria" – evolução e posição atual, de José Carlos Magalhães – *RT* 709/42, *Doutrinas Essenciais de Direito Internacional* 5/175 (DTR\1994\557); e
- Os princípios do Unidroit relativos aos contratos do comércio internacional 2004 e o direito brasileiro: convergências e possibilidades, de Lauro Gama e Souza Júnior – *RArb* 8/48, *Doutrinas Essenciais de Direito Internacional* 5/661 (DTR\2006).