



## Universidades Lusíada

Rodrigues, Ricardo Alexandre Cardoso

### **A regulação apositiva da contratação internacional : a new law merchant**

<http://hdl.handle.net/11067/2895>

#### **Metadados**

**Data de Publicação** 2012-07-23

**Resumo** Pretendemos com a nossa investigação revelar a importância de um Direito material adequado ao comércio transnacional. Um Direito à margem da dogmática dos sistemas jurídicos nacionais. Visto que, a globalização e a mundialização transmutaram, definitivamente, a sociedade e o globo. A realidade económica hodierna já não se compadece com a rigidez, obscuridade, entre outras limitações próprias dos direitos estaduais. A dinâmica das operações mercantis num espaço tão fluído como o transnacional, a ...

We intend with our investigation reveals the importance of an appropriate material law to transnational trade. Law on the sidelines of a dogmatic of national legal systems. Taking into account, globalization and the mundialization transmuted, definitely, society and the globe. The economic reality today, now, is not compatible with the stiffness, obscurity, among other limitations of rights state. The dynamics of commercial operations in a space so fluid as a transnational space, aware of the ri...

**Palavras Chave** Direito, Direito Comercial, Direito comercial internacional, Contratos comerciais

**Tipo** masterThesis

**Revisão de Pares** Não

**Coleções** [ULP-FD] Dissertações

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-04-19T18:24:09Z com informação proveniente do Repositório



**UNIVERSIDADE LUSÍADA DO PORTO**

**Faculdade de Direito**

**A REGULAÇÃO APOSITIVA DA CONTRATAÇÃO  
INTERNACIONAL – A *NEW LAW MERCHANT***

Ricardo Alexandre Cardoso Rodrigues

Dissertação para obtenção do Grau de Mestre

PORTO

2012



**UNIVERSIDADE LUSÍADA DO PORTO**

**Faculdade de Direito**

**A REGULAÇÃO APOSITIVA DA CONTRATAÇÃO  
INTERNACIONAL – A *NEW LAW MERCHANT***

Ricardo Alexandre Cardoso Rodrigues

Dissertação de Mestrado sob a orientação científica do orientador  
Prof. Dr. Caramelo Gomes e co-orientadora Prof.<sup>a</sup> Dra. Maria João  
Mimoso.

PORTO

2012

<b>Índice</b>	<b>(Págs.)</b>
<b>Resumo</b>	<b>I</b>
<b>Palavras-Chave</b>	<b>I</b>
<b>Abstract</b>	<b>II</b>
<b>Keywords</b>	<b>II</b>
<b>Principais siglas utilizadas</b>	<b>III</b>
<b>Nota prévia</b>	<b>IV</b>
<b>Introdução</b>	<b>1</b>
<b>Capítulo I - Do Direito Comercial Internacional ao Contrato Comercial internacional</b>	<b>4</b>
1. Breve enquadramento temático	4
2. Da Relevância social e Jurídica do Direito Comercial Transnacional	16
<b>Capítulo II- Da Disciplina Jurídica dos contratos comerciais internacionais.</b>	<b>20</b>
1. Vias de regulação.	20
2. Da Atipicidade interna à tipicidade internacional dos Contratos internacionais.	26
<b>Capítulo III- Da Nova <i>Lex Mercatória</i> aos Princípios Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais (UNIDROIT). Principles of European Contract Law (PECL). Dos Primórdios à Contemporaneidade-</b>	<b>30</b>
1. Enquadramento histórico. -	30
2. Da expressão <i>Lex Mercatória</i> -	50
3. Caracterização, essencial, da <i>Ancient Law Merchant</i> e da <i>New Law Merchant</i> .	53
4. Princípios Relativos aos Contratos do Comércio	

Internacional do <i>UNIDROIT</i> e dos <i>Principles of European Contract Law</i> (PECL).	54
a)- Princípios Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais ( <b>UNIDROIT</b> ) –	54
b) - <i>Principles of European Contract Law</i> ( <b>PECL</b> ) –	62
<b>Capítulo IV- Fontes da <i>New Law-Merchant</i></b>	67
1.Os usos e costumes do comércio internacional	67
2.Os modelos jurídicos	69
3. Os contratos autorreguladores ou auto normativos	73
4.Os contratos atípicos ou tipos sociais	74
5.A jurisprudência, em particular a arbitral	74
6. Os princípios gerais de direito comuns às <i>nações civilizadas</i> , em especial em matéria contratual	77
7-Uma nota sobre o direito harmonizado, unificado e uniforme e regras de organizações internacionais, como fonte da <i>Nova Lex Mercatória</i> .	81
<b>Capítulo V- A <i>Nova Lex Mercatória</i>. Regulação <i>apositiva</i> da contratação internacional</b>	84
1. Preliminares	84
2. Da arbitragem comercial transnacional	92
3. Algumas noções de <i>Lex Mercatória</i>	96
4. Correntes negativistas sobre a atribuição do estatuto de Direito autónomo	101
5. Súmula dos principais argumentos	109
6. Direito <i>apositivo</i> da Contratação Internacional.	110
7. Tomada de Posição na querela.	123
<b>Conclusões Finais</b>	132
<b>Referências</b>	137

## Resumo

Pretendemos com a nossa investigação revelar a importância de um Direito material adequado ao comércio transnacional. Um Direito à margem da dogmática dos sistemas jurídicos nacionais. Visto que, a globalização e a *mundialização* transmutaram, definitivamente, a sociedade e o globo. A realidade económica hodierna já não se compadece com a rigidez, obscuridade, entre outras limitações próprias dos direitos estaduais. A dinâmica das operações mercantis num espaço tão fluído como o transnacional, a par dos riscos inerentes aos grandes investimentos, pressupõem, necessariamente, uma elevada segurança jurídica. As expectativas dos operadores do mercado não poderão ser frustradas, razões de ordem económica, social, política e até cultural, motivam uma tutela eficiente aos interesses e necessidades do comércio transnacional. A Nova *Lex Mercatória* enquanto verdadeira ordem jurídica dispõe dos instrumentos fundamentais à otimização das transações, com reflexo económico e financeiro imediatos. Constitui uma realidade ampla, desenvolta, fluída, deveras eficiente, adequada às exigências do comércio transnacional. A mais preciosa manifestação da Nova Ordem Jurídica Mundial. Por último, não abandonando a teoria pura do Direito recorreremos a uma metodologia de investigação de base fenomenológica no sentido de dinamizar o desiderato fundamental do nosso estudo.

Palavras-Chave:

Direito comercial Internacional – Contrato comercial internacional – *Ancient New Law Merchant* e *New Law Merchant* – Globalização e *Mundialização* – Direito apositivo da contratação internacional.

## Abstract

We intend with our investigation reveals the importance of an appropriate material law to transnational trade. Law on the sidelines of a dogmatic of national legal systems. Taking into account, globalization and the *mundialization*<sup>1</sup> transmuted, definitely, society and the globe. The economic reality today, now, is not compatible with the stiffness, obscurity, among other limitations of rights state. The dynamics of commercial operations in a space so fluid as a transnational space, aware of the risks inherent to large investments, imply, necessarily a high legal certainty. The expectations market participants cannot be frustrated. Economic, social, political and even cultural reasons, motivate an efficient protection to the interests and needs of transnational trade. The *New Lex Mercatória* as a true legal system provides the basic tools to optimize transactions, with reflex economic and financial immediate. It is a really large, expeditiously, fluid, quite efficient, adequate to the demands of transnational trade. The most precious manifestation of the New Legal World Order. Ultimately, without abandoning the pure theory of law we use a methodology for phenomenological research in order to streamline the fundamental desideratum of our study.

### Keywords:

International Commercial Law- International Trade Agreements – *Ancient New Law Merchant e New Law Merchant* - Globalisation and *Mundialization* – The *apostive* international contracts

---

<sup>1</sup> Versão inglesa da palavra francesa *Mundialisation*.

## **Principais siglas utilizadas**

AAA - American Arbitration Association

BIS -Banco de Compensações Internacionais

BM- Banco Mundial

CCI – Câmara do Comércio Internacional, Chambre de Commerce Internationale

CNUDCI. – Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional  
(=UNCITRAL)

CISG – United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods  
1980 (Convenção de Viena sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional de  
Mercadorias de 1980)

FIDIC- International Federation of Consulting Engineers

FMI- Fundo Monetário Internacional

GAFTA .- Grain and Feed Trade Association

ICSID.-International Centre for Settlement of Investment Disputes

IFC.-International Finance Corporation

ISDA.- International Swaps and Derivates Association

MIGA. -Multilateral Investment Guarantee Agency

NU – Nações Unidas (=ONU)

OMC. - Organização mundial do Comércio

ONU – Organização das Nações Unidas (=NU)

PECL. – Principles of European Contract Law (=PDEC)

UNCITRAL – United Nations Commission for International Trade Law (=CNUDCI)

UNECE- United Nations Economic Commission for Europe

UNECE- United Nations Economic Commission For Europe

UNIDROIT – International Intitute for the Unification of Private Law, Instituto  
Internacional para a Unificação do Direito Privado

## Nota Prévia

... Damos início à investigação científica que sela o nosso segundo ciclo acadêmico de Estudos...

...Um estudo desta índole está para além da formalidade do título que a sua efetiva projeção representa, encerra, em si, um compromisso sério para com a comunidade científica ....

...Procuramos com as nossas humildes palavras abrir horizontes, caminhos na vida jurídica e para a vida jurídica...

...Cada letra vertida para o papel revelará o *sangue e a alma* com que este ato criativo fora concebido e elevado à luz ... do fundo do espírito ou *animus físico* que pulsa nas nossas artérias... da paixão que nos envolve e nos assombra ... dos gritos que mais não findam...

... O que o coração nos diz:

-“A Verdade *Alquimística* do Direito está no Homem, assim como o culminar dessa verdade – paz perpétua - está nas 2 leis fundamentais do universo: o amor e o perdão infinitos (Misericórdia) “

...O Direito Apositivo da contratação Internacional equaciona o *prius* e o *postérius*, a razão e a liberdade... A Raiz fundamental da sua meta-existência, corrobora a sua visceral natureza jurídica...

**...A *New Law Merchant* é a paixão envolvente do nosso estudo científico...**

## Introdução

A evolução do comércio internacional ao longo do século XX, com a abertura de novos mercados, a rutura de barreiras alfandegárias pela criação de blocos económicos, o progresso tecnológico e industrial, mudou definitivamente a economia mundial, precipitando o surgimento da "*business mercatorum*", a nova sociedade de mercadores, em contraposição com os mercadores medievais.

O ressurgimento da *societas mercatorum*, com os seus particulares normativos, aplicáveis aos vários sectores do mercado internacional, que vislumbraram um acentuado crescimento após a segunda grande guerra, chamou à atenção de diversos autores dos mais variados setores de opinião na literatura, entre os diversos nomes, destaca-se, *Berthold Goldman*, que no seu artigo - *Frontières du droit et lex mercatoria: Archives de philosophie du droit*, de 1964 - a afirma o renascimento da *lex mercatória*, a *New Law Merchant*.

Ainda nos dias de hoje se discute sobre a efetiva existência de regras meta-estaduais que regulam o mercado internacional e se na verdade, a admitir-se essa possibilidade, a Nova *Lex Mercatória* constitui um ordenamento jurídico anacional, aplicável às relações privadas de comércio transnacional.

A arbitragem internacional flamejou essa discussão: seja pelo fator transnacionalização do litígio emergente do contrato; ou pelo facto de induzir à aceitação de princípios e regras, modelos jurídicos contratuais, dos diversos setores de atividade mercantil, elementos estruturantes da *Nova Lex Mercatória*.

Neste âmbito, muitas questões poderão ser suscitadas. O Porquê da existência da Nova *Lex Mercatória*? Quais os motivos do seu ressurgimento? Quais as suas fontes? Qual a sua natureza e o porquê? O porquê da sua importância para o comércio transnacional e para os mercadores em particular?

Diversos atores internacionais, como associações, institutos (...), entre os quais a UNIDROIT, a ILA, a UNCITRAL ou CNDICI, a OEA, a CCI, a UE, foram e são um importante pilar para a harmonização, unificação e uniformização das regras,

princípios, usos e costumes da prática mercantil internacional. Através de diversas compilações e, mesmo, codificações formais, absorvem parte do conteúdo substantivo fundamental da *Nova Lex Mercatória*. Em resultado do trabalho destas entidades surgem os Princípios UNIDROIT e os Princípios LANDO, dos instrumentos de *soft law* mais importantes para a estrutura da nova lei dos mercadores.

O *modus operandi* da contratação internacional e do mercado em geral não constituem realidades estanques, mas em constante evolução, não se limitando à realidade jurídica (*lato sensu*) captada em certo momento histórico pelo legislador. Para além disso, em sede de valores e princípios de ordem contratual internacional, jamais poderá um legislador concretizar a ousadia de sorver todo o seu conteúdo, seja na vertente prática ou meramente teórica, de forma mais acentuada a sua definição e dimensão ao longo do curso evolutivo do mercado internacional globalizado.

Procuramos a essência da regulamentação apositiva do comércio jurídico internacional partindo das suas mais salientes expressões....

Grande parte do nosso estudo será edificado sobre estruturas teóricas e meta teóricas – teoria pura do direito - fundamentais para a compreensão das diversas abordagens aos pontos temáticos.<sup>1</sup>

Adotaremos, no entanto, uma postura de investigação proactiva, tendo por base diversos fenómenos da atualidade relevaremos os pontos temáticos mais salientes articulando a sua exposição com uma visão crítica, adotando uma via de entendimento, dentro ou fora das correntes de opinião jurídica.

Lembramos o leitor que o âmbito temático a que circunscrevemos as ideias que ora delineamos será o Direito comercial internacional ou transnacional.

---

<sup>1</sup> Recorde-se a frase de *Kurt Lewin*, “ Não existe nada mais prático do que uma boa teoria”.

Alertamos que para compreender o desiderato da nossa investigação é *mister* que se desprendam da terminologia própria da dogmática jurídica, rasgando com todas as suas considerações, e aceitem uma nova *lógica epistémica*, com códigos, representações, semântica, próprios.

A Nova *Lex Mercatória* está na base do surgimento deste novo plano do conhecimento. Constitui o paradigma fundamental, o *fio-de-prumo*, senão, quase a totalidade do normativo constitutivo do Direito Comercial Internacional.

**As últimas palavras deste pequeno introito serão dirigidas ao tema e ao título.** Pelas limitações dos códigos linguísticos à inteligibilidade dos estados de espírito, resta-nos o solene agradecimento a quem, por forma constante, direcionou a nossa atenção para a importância deste estudo e, na construção de uma *síntese conteudística* inovadora, a vanguardista Professora Doutora Maria João Mimoso que tanta estima nos merece.

Este âmbito temático que domina a atualidade constitui um amplo foco de debate que merece o nosso contributo. Não podemos ser *pedras mortas* no mundo multidimensional.

Neste projeto estará presente a Luz ideal do pensamento Humano, que nunca se afastou do meu recanto, em todos os momentos...

## Capítulo I - Do Direito Comercial Internacional ao Contrato Comercial internacional

### 1. Breve enquadramento temático

....Começamos esta investigação, em primeira linha, por definir Direito comercial internacional, como sendo uma disciplina jurídica de cariz económico que se ocupa do direito privado das relações jurídicas do comércio internacional, ou de forma mais precisa, das relações jurídicas do comércio transnacional.<sup>234</sup> Estas relações obedecem a

---

<sup>2</sup>O Direito Comercial Internacional inclui diferentes complexos normativos: de fonte estadual, supra estadual ou anacional. Constitui um sistema de conhecimentos, não um sistema normativo ordenado cujas normas são reconduzíveis a princípios e apresentam-se articuladas por nexos intrassistemáticos, isto é, um subsistema normativo, ou ramo do Direito. LIMA PINHEIRO, Luís de, - **Direito comercial internacional. O direito privado da globalização económica: relatório sobre o programa, os conteúdos e os métodos de ensino do direito comercial internacional.** Coimbra : Coimbra Editora, 2006, *in passim*. Em sentido contrário, Freitas do Amaral, que entende ser “o ramo do Direito privado constituído pelo sistema das normas jurídicas que regulam diretamente matérias relacionadas com as transações internacionais de bens, serviços e capitais, bem como das normas de conflitos que declaram a lei competente para reger os contratos e obrigações mercantis de âmbito internacional.” AMARAL, D. Freitas do, - **Manual de Introdução ao Direito**, colaboração de Ravi Afonso Pereira, Coimbra, 2004, p. 322.

<sup>3</sup> Relações comerciais transnacionais (ou verdadeiramente internacionais), cuja disciplina apresenta uma linha de interceção com o ramo de Direito Internacional Privado, que corresponde fundamentalmente às seguintes matérias: o Direito de Conflitos das Sociedades e das obrigações voluntárias, a competência e o reconhecimento internacionais em matéria contratual. No mesmo sentido. In LIMA PINHEIRO, Luís de, - **Direito Comercial Internacional: Contratos Comerciais Internacionais, Convenção de Viena Sobre a Venda Internacional de Mercadorias, Arbitragem Internacional.** Coimbra: Almedina, 2005. p. 15 e 25 – 26. São relações absolutamente internacionais, situações em contacto *ab initio* com mais de uma ordem jurídica [não olvidando, todavia, as situações que adquirem a respetiva internacionalização após a sua constituição (internacionalidade subsequente) *ex maxime* através da transmissão da posição contratual]. Sobre esta noção e o seu confronto com as relações privadas relativamente internacionais e as privadas internas (classificação de JITTA). JITTA, D. J. – **Método de Derecho Internacional Privado**, Madrid, La España Moderna, sem data (versão castelhana de J. F. Prida da obra, publicada em 1890, sob o título *La méthode du droit international prive*. pp. 53 - 54, 207 – 214 e 220 e ss. E JITTA, D. J.- **La substance des obligations dans le droit international prive**, t. I, Haia: Librairie Belinfante Frères, 1906; t. II, idem, 1907. pp. 21 – 23. Também, entre outros, in BAPTISTA MACHADO, João. – **Lições de Direito Internacional Privado**. 3.<sup>a</sup> Edição Atualizada (Reimpressão), Coimbra: Almedina, 2002, p. 11-12. A internacionalidade da relação implica que haja um contacto relevante com vários Estados Soberanos. VON MEHREN – **Special Substantive Rules for Multistate Problems: Their Role and Significance in Contemporary Choice of Law Methodology**, Harv.L. Rev. 88 (1974/1975) p. 347-371, 349. Acerca das relações privadas internacionais. Tratar-se-iam de Relações que são “atravessadas por fronteiras” In MAGALHAES COLLAÇO, Isabel. – **Direito Internacional Privado**, Vol. I, Lisboa: AAFDL, 1958, copiógraf. p. 16. Para outro entendimento, a internacionalidade pode referir-se à especificidade “intrínseca” da situação em tratamento – PIERRE LAVILE – **Tendances et méthodes en droit international prive**. RCADI 155: p. 52 e ss [útil em contextos específicos p.ex. regulamentação por direito material especial]. Desenvolveremos esta temática mais adiante.

<sup>4</sup>No nosso entendimento, a expressão “transnacionais” evita ambiguidades etimológicas, referindo-se às relações que transcendem o círculo social de um determinado Estado Soberano. No sentido da preferência

critérios de comercialidade distintos dos adotados pelos direitos materiais nacionais, não apenas pela divergência existente entre os vários ordenamentos jurídicos, mas, também, pelo facto de em alguns sistemas jurídicos o direito comercial não ter autonomia dogmática. Por outro lado, em virtude do seu cariz unificador e da necessidade de abertura e adaptação funcional a novas relações económicas transnacionais. Pelo que, merecem autonomia nacional.<sup>5</sup>

O Comércio internacional poderá ser perspectivado como o conjunto de transações económicas realizadas entre Estados (relações macroeconómicas), ou entre operadores económicos, cujas relações influem – de alguma forma – nas economias nacionais (relações microeconómicas).<sup>6</sup> Devemos entender esta última perspectiva como constitutiva do objeto do Direito Comercial internacional, que compreende o conjunto de regras e de princípios reguladores das relações privadas entre os operadores económicos [relações comerciais internacionais] em contacto com várias ordens jurídicas [promovendo-se a uma articulação, necessária, com a dimensão económica].<sup>7</sup> No entanto, e tendo em linha de conta os pontos limítrofes entre as relações macroeconómicas e as microeconómicas devemos ampliar o conteúdo da noção, permitindo que abarque todas as normas de direito privado<sup>8 9</sup> constitutivas de um sistema regulador de todas as relações comerciais transnacionais.<sup>10</sup>

---

por esta expressão. *In ibidem* p. 15 e ss. Entendemos que a expressão “relações jurídicas transfronteiras” ou “transfronteiriças” usada por RIGAUX - *In RIGAUX, François. – Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale.* RCADI 213: p. 84 e ss. - valoriza a expressão territorial da exclusividade política de um Estado, que, ao longo dos tempos, tem assistido a uma forte queda das suas barreiras, seja pela desmaterialização da riqueza, pela fluidez na sua circulação, seja por razões de integração política. Perdendo-se, assim, gradativamente a ligação material das situações transnacionais, com territórios geograficamente determinados. *In Ibidem.* p. 46 e ss. **A expressão “transnacional” tem sido utilizada, pontualmente, para designar as relações metadimensionadas. Que não apresentam uma ligação relevante com as diferentes ordens jurídicas em contato.**

<sup>5</sup> *In* LIMA PINHEIRO, Luís de – **Direito Comercial Internacional. Contratos Comerciais Internacionais. Convenção de Viena sobre a Venda Internacional de Mercadorias. Arbitragem Transnacional.** Almedina, 2005.p. 15

<sup>6</sup>*In ibidem.*pp. 15-16. Ver, também, CARREAU, Dominique /JUILLARD, Patrick, - **Droit international économique.** 1.ª edição, Paris, 2003.p. 3. Autor, também, citado por Lima Pinheiro.

<sup>7</sup> *In Ibidem.* p. 17. Ver, também. LOUSSOUARN, Yvon / BREDIN, Jean-Denis, - **Droit du commerce international,** Paris : Sirey, 1969, p. 4 e 13. Autor referenciado por Lima Pinheiro.

<sup>8</sup> Trata-se, essencialmente, de Direito privado das relações comerciais internacionais. Ver Resolução n.º 2205 (XXI) de 17-12-1966. Entendimento subjacente à criação da Comissão das Nações Unidas para o Direito Internacional Privado (CNUDCI), erigida pela Assembleia das Nações Unidas a 1966.

<sup>9</sup> O Direito Comercial internacional é constituído pelo « conjunto das regras aplicáveis às relações comerciais de Direito Privado envolvendo diversos países». Relatório do Secretário-Geral anterior à criação da CNUDCI. Documento A/6396, de 23-09-1966, da Assembleia Geral das Nações Unidas, n.º10.

<sup>10</sup> LIMA PINHEIRO, **Direito Comercial Internacional,** *ob. Cit,* p. 15-23

O caractere fundamental, da internacionalidade relevante, corresponde à transferência de valores através de fronteiras<sup>11</sup>, ou, porque nem sempre é este o critério fundamental, e de forma mais abrangente (por nós aceite porque adequada à realidade multifacetada e dinâmica que é o comércio transnacional) as relações que “põe em jogo interesses do comércio internacional”.<sup>12</sup>

**Por uma questão de economia não procederemos à equação de hipóteses sobre a concreta aplicação destas fórmulas, passando, agora, para a abordagem da noção de contrato comercial transnacional e nesta sede elegeremos uma noção capaz de dar conteúdo útil ao âmbito do objeto do direito comercial transnacional, substrato essencial da nossa investigação.**

Os contratos comerciais transnacionais celebrados entre os diversos operadores de mercado, revelam amplamente o sentido da autonomia da vontade no plano transnacional. Não esqueçamos que o contrato internacional é a expressão do comércio na sua globalidade, e, concomitantemente, o instrumento que tem como objetivo conferir às esferas de interesses, segurança nas transações comerciais. Aquele espaço de ação compreende valores, princípios, regras e modelos regulativos próprios, autónomos em relação aos Estados. Os litígios que emergem destas relações jurídicas são submetidos, cada vez mais, à arbitragem transnacional<sup>13</sup> e a alguns sistemas, entre nós, o português [art. 49 n.º 1 da Lei 63/2011 de 14 de Dezembro (no mesmo sentido o revogado art.º 32.º da Lei n.º 31/86, de 29 /8, a Lei da Arbitragem Voluntária [LAV]).

---

<sup>11</sup> Cour de Cassation francesa, de 17 de Maio de 1927, influenciada pelas conclusões do Procurador-Geral Matter que entendeu dever ser tido como “pagamento internacional” aquele que resultasse num “(...) mouvement de flux et de reflux au-dessus des frontières”, in FONTAINE, M. - **La notion de contrat économique international**, in *Le contrat économique international – stabilité et évolution*, Travaux des VII es Journées d’études juridiques Jean Dabin, Bruxelas/Paris, Bruylant/ Pedone, 1975, p. 25. Após esta data, outros autores, seguirão entendimentos similares. Entre nós, analisando a compra e venda, Isabel Magalhães Collaço define contrato internacional como aquele que “(...) directamente implica uma transferência de valores de país para país”[transferência de valores em sentido económico] In MAGALHAES COLLAÇO, Isabel. – **Da compra e venda em direito internacional privado**, Lisboa: 1954. No mesmo sentido, In SIMITIS, S. – **Aufgaben und Grenzen der Parteiautonomie im internationalen Vertragsrecht**, in JuS, 1966, p. 211.

<sup>12</sup> A propósito da determinação do direito aplicável a cláusulas compromissórias cuja validade estava dependente da qualificação como “internacionais” dos contratos, onde aquelas estavam inseridas, Cour de Cassation francesa, de 19 de Fevereiro de 1930 e 27 de Janeiro de 1931 (arrêts Mardelé e Dambricourt)- In *Revue Critique*, 1930, pp. 282 e ss e 1931, pp. 514 e ss.

<sup>13</sup> **Constituindo, hodiernamente, um verdadeiro sistema normativo, capaz de, por si só, disciplinar o seu modus operandi.**

Os contratos comerciais internacionais devem obedecer a dois requisitos fundamentais constitutivos do seu próprio *nomen iuris*: a comercialidade e internacionalidade.

A primeira, decorre do entendimento já assumido *ab initio* acerca do conceito paracionacional de comercialidade. Assim, será comercial o contrato internacional (principalmente privado) celebrado entre particulares, em regra multinacionais, ou entre um ente público autónomo ou um Estado e multinacionais sedeadas noutra Estado. Este conceito, também, abrange os contratos negociados pelo Estado despido do seu *iure imperi* [inclui os atos *iure gestionis*, que não beneficiem da imunidade de jurisdição], agindo na qualidade de um particular e os contratos entre organizações internacionais e empresas estaduais. Poderão, ainda, ser submetidos ao direito comercial transnacional os contratos que, em virtude do Direito Internacional Público, fiquem submetidos à lei (sentido amplo) de um Estado estrangeiro, sempre que houver sido celebrada uma convenção de arbitragem válida ou quando haja, nos casos em que tal é possível, renúncia à imunidade de jurisdição [quando um Estado consente um pacto atributivo de jurisdição, ou aceite uma cláusula de designação do direito aplicável]. O mesmo se aplica aos contratos celebrados entre Estados ou organizações internacionais subtraídos à aplicação do Direito Internacional Público, ou contratos realizados entre entidades públicas autónomas não regulados por atos de direito internacional, quando correspondam a atos no exercício de uma determinada atividade económica.<sup>1415</sup>

Faremos agora uma breve incursão sobre a perspectiva da arbitragem do comércio transnacional, que tem como objeto as transações comerciais internacionais. O requisito, comercialidade:<sup>16</sup>

A Convenção de Nova Iorque sobre o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras (1958), distingue a distinção entre arbitragem comercial e não comercial no

---

<sup>14</sup>Excluimos os contratos incompatíveis com a natureza e amplitude da autonomia da vontade em direito comercial transnacional por motivos de proteção da parte mais débil (contratos de trabalho, contratos entre consumidores finais ou celebrados com estes). Neste sentido LIMA PINHEIRO, - **Direito Comercial Internacional**, p. 59 e ss. Sobre as operações de consumo ver Comentário ao Preâmbulo dos Princípios da UNIDROIT, 2ª edição [n.º 2].

<sup>15</sup>Entre nós, por ausência de necessidade, nem o direito positivo, nem a jurisprudência apresentaram soluções para os contratos transnacionais com caracteres públicos que fossem diversas daquelas que são usadas para os contratos transnacionais privados, ou seja, o direito conflitual. Pressupondo a sua aplicação igualitárias. *In Ibidem*, p. 67

<sup>16</sup>FERRER CORREIA, A. - **Da arbitragem comercial internacional**, RDE, 1984-1985, p.3 e ss., e *in* Temas de Direito Comercial e Direito Internacional Privado, Coimbra : Almedina, 1989, p. 177 e ss.

n.º 3 art. 1.º, quando dispõe que “ *No momento da assinatura ou da ratificação da presente Convenção ... qualquer Estado poderá ... declarar que aplicará a Convenção ao reconhecimento e à execução apenas das sentenças proferidas no território de outro Estado contratante. Poderá também declarar que aplicará apenas a Convenção aos litígios resultantes de relações de direito, contratuais ou não contratuais, que forem considerados comerciais pela respetiva lei nacional*”. Permite, desta forma, aos Estados continuar a adotar o seu próprio critério para aferir da comercialidade através da aposição da cláusula de “reserva de comercialidade”.<sup>17 18</sup>

Já a Convenção de Genebra (1961), sobre a arbitragem comercial internacional, na sua al. a) do art. 1.º apresenta o seguinte conteúdo: “aux conventions d’arbitrage conclues, pour le règlement de litiges nés ou à naitre d’opérations de commerce international...”<sup>19</sup>

O entendimento de “comercialidade” perfilhado pelo **instrumento regulativo e integrativo**, Princípios UNIDROIT, vai no sentido de alargar ao máximo o seu conteúdo, permitido, desta forma, que abranja não apenas as “operações comerciais para o abastecimento e intercâmbio de mercadorias ou serviços, mas também, outro tipo de operações económicas, como as de inversão e/ou outorgamento de concessões, os contratos de prestações de serviços profissionais, etc.”<sup>20</sup>

Os critérios de comercialidade apresentados pelos instrumentos supra descritos, que delimitam os respetivos campos de aplicação, deverão ser amplamente interpretados no sentido de abarcar todas as relações jurídicas comerciais, assim consideradas, num determinado Estado.<sup>21 22</sup>

---

<sup>17</sup> BOISSÉSON, M. - **Le droit français de l’arbitrage interne et international**, G.L.N., Lille, 1990, pp. 421-422

<sup>18</sup> O protocolo de Genebra (1923), relativo às cláusulas de arbitragem, garante a validade dos compromissos e cláusulas compromissórias apostos por vontade das partes num contrato de matéria comercial. Este critério terá sido substituído por outro de cariz mais económico, abrindo o leque de aplicação deste instituto.

<sup>19</sup> Portugal não ratificou.

<sup>20</sup> Ver Comentário ao Preâmbulo dos Princípios da UNIDROIT, 2ª edição [n.º 2].

<sup>21</sup> FERRER CORREIA, A. - **Da arbitragem comercial internacional**, *ob cit*, p.3 e ss., e *in Temas de Direito Comercial e Direito Internacional Privado*, Coimbra : Almedina, 1989, p. 178.

<sup>22</sup> A diversidade de regimes e perspectivas doutrinárias potenciaram essa interpretação ampla. Sobre a Lei- Modelo da C.N.U.D.C.I., BENTO SOARES, Maria Ângela/ MOURA RAMOS, Rui Manuel, - **Contratos internacionais, compra e venda, cláusulas penais, arbitragem**, Coimbra: Almedina, 1986, pp. 329 e ss..

Da substancia da Lei-Modelo da C.N.U.D.C.I. sobre a arbitragem comercial internacional, não decorre qualquer menção à comercialidade, antes elenca algumas transações que o seu domínio de aplicação abrange (n.º 3 e 4 do art. 1.º). O critério que retemos a partir dessa enumeração prende-se com a natureza jurídica das trocas, não com a qualidade das esferas de interesses.<sup>23</sup>

No que tange ao segundo requisito, e no âmbito do Direito Comercial Internacional, poderíamos, com interesse prático para a nossa investigação, aferir da internacionalidade relevante à luz dos seguintes critérios<sup>2425</sup>: para a Convenção da Nações Unidas sobre os contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (Viena, 11 de Abril de 1980)<sup>26</sup>; para o Direito de Conflitos geral dos contratos obrigacionais aplicado pelos tribunais nacionais – a Convenção sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais (1980), derogada pelo **Regulamento (CE) n.º 593/2008** do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (ROMA I), Direito Uniforme aplicável aos Estados da União Europeia; para o Direito da arbitragem transnacional;

Todavia, entendemos por bem fazer uma breve incursão sobre os principais instrumentos internacionais sobre a contratação internacional, com especial enfoque

---

<sup>23</sup> BOISSÉSON, M. - **Le droit français de l'arbitrage interne et international**, *ob cit*, pp. 420-421.

<sup>24</sup> Não desenvolveremos as perspectivas das regras materiais específicas para a disciplina dos contratos internacionais (regulamentação material de fonte interna para situações internacionais, (o Código de Comercio Internacional da Checoslováquia, de 1964).

<sup>25</sup> Não esquecendo o abordado na nota n.º 11. E, tendo em linha de conta outros sectores de opinião que ao contrário dos mencionados na referida nota, que denotam um caris substancial na sua perspectiva, apresentam uma definição formal (ou jurídica) de contrato comercial transnacional. Partindo, o mais das vezes, de uma noção genérica de Direito Internacional Privado, que não acolhemos, definindo contrato comercial internacional tendo em linha de conta a localização em ordens jurídicas diversas de elementos de facto, ou de direito, do contrato. Para alguns, será todo o contrato cujos elementos factuais não se localizem na sua totalidade num único ordenamento jurídico. Entre outros: LOUSSOUARN, Y./BREDIN, D. - **Droit do Commerce International**, *ob. cit.* pp. 594 e 893; BATIFFOL, H. /LAGARDE, P. - **Droit international privé**, t. I, 7.ª edição, Paris, LGDJ, 1981; tomo II, 7.ª edição, Paris, LGDJ, 1983. p. 275. Para outro sector de opinião, deverá ter-se em conta, também, se a expressão dos elementos de estraneidade existentes na situação jurídica contratual justifica a qualificação como internacional. Assim, só releva a pluriconexão, se não for possível distinguir de entre as demais uma que seja privilegiada. Recensão a STEINDORFF, E. – **Sachnormen im internationalen Privatrecht**, Frankfurt a. M., Vittorio Klostermann, 1958 p. 546. Em sentido Semelhante, FRÉDÉRICQ, L. (Baron) – **La vente en droit international privé**, in RCADI, T. 93, 1958-I, P. 26, e (citando os autores anteriores) REIMANN, Th. – **Zur Lehre vom 'Rechtsordnungslosen' Vertrag**, Bona, Ludwig Röhrscheid Verlag, 1970. P. 41. Finalmente, BATIFFOL, H. – **De l' usage des principes en droit international privé**, in Estudos em homenagem ao Prof. Doutor A. Ferrer Correia, Vol. I, Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito, número especial, Universidade de Coimbra, 1986, pp. 109-110.

<sup>26</sup> B.M.J. – D.D.C., n.º 6 (1981), respectivamente a pp. 389 e ss e 293 e ss.

sobre a Convenção de Viena (CISG, 1980), não esquecendo, em particular, o Direito da arbitragem transnacional, no sentido de desvendar respostas para uma possível noção.

A CISG no seu art. 1.º, e a Convenção de Genebra Sobre a Representação, de 1983, a par da Convenção de Haia sobre a Lei aplicável aos contratos de Venda Internacional de Mercadorias de 1986, e da Convenção relativa à introdução de uma Lei Uniforme sobre a venda Internacional de Coisas Móveis Corpóreas, concluída em Haia, em Julho de 1964, no (inciso) 1.º. Em qualquer um destes diplomas é igualmente a **localização em Estados diferentes, do estabelecimento das partes**, o critério fundamental - ainda que não exclusivo, no caso da regra contida na última Convenção mencionada<sup>27</sup> - de delimitação das situações jurídicas contratuais que deverão ser tidas como internacionais no sentido de integrarem o seu âmbito de aplicação.<sup>28</sup>

A Convenção de Viena de 1980 exige o preenchimento de dois requisitos suplementares: “a localização dos estabelecimentos das partes em território dos Estados contratantes e aplicação da lei de um Estado contratante de acordo com as regras de Direito Internacional Privado”.<sup>29</sup>

---

<sup>27</sup> Sobre este assunto. RIGAUX, F. – **Le Domaine d’application de la loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels et de la loi uniforme sur la formation de ces contrats de vente**, in **Le Contrat Économique International – Stabilité et Évolution**, Travaux des VIIes Journées d’études juridiques Jean Dabin, Bruxelas/Paris, Bruylant/ Pedone, 1975, p.80 e ss. Ainda assim, são formais os critérios de «internacionalidade» aí enumerados.

<sup>28</sup> As Convenções das Nações Unidas também têm aplicação quando o direito conflitual de um Estado contratante possibilite a aplicação de um Direito de um Estado contratante. A Convenção de Haia aplica-se, ainda, nos termos do art. 1.º al. B) aos casos “em que a situação dê lugar a um conflito entre as leis de diferentes Estados”. Acerca do Conceito de internacionalidade relevante nas Convenções da Haia. OVERBECK, A. Von, - **La contributions de la conférence de la Haye au développement du droit international privé**, RCADI 233, 1992. pp. 55 e ss. No Concernente à Convenção (Viena 1980). FERRER CORREIA, - Considerações sobre o método do Direito Internacional Privado, pp. 375 fim e ss e BENTO SOARES/MOURA RAMOS, - **Contratos internacionais, compra e venda, cláusulas penais, arbitragem** p. 19 e ss. VAZ, Isabel, - **Direito Internacional Público e Lex Mercatoria na disciplina dos contratos internacionais** (dissertação de mestrado policopiada), Lisboa, 1990, p. 7 e ss e 11 e ss.

<sup>29</sup> Semelhante à solução adoptada pelo legislador checoslovaco no art. 3.º do Código de Comércio Internacional da Checoslováquia. Para mais desenvolvimentos KOPAC, L. – **Le Code tchécoslovaque du commerce international**, in Clunet, 1967, p. 789 e ss, espec. P. 792-796. Diversa da solução adoptada pela Covenção de Haia de 1964, para a qual é bastante o carácter “internacional” do contrato, nos termos por ela definidos, para possibilitar a aplicação das disposições dos Estados contratantes. Sobre esta temática.. In FERRER CORREIA, A, - **Considerações sobre o método do Direito Internacional Privado**. in Estudos Vários de Direito, 309-398, Coimbra, 1982. Razões apontadas a favor da solução encontrada na Convenção de Viena. pp. 374 e ss.

O critério do estabelecimento, a par do domicílio e da residência habitual, correspondem a polos em torno dos quais gravitam as atividades geradoras de riqueza, económicas, os interesses de cariz material (critérios subjetivos).<sup>30 31</sup>

Conforme verificamos os critérios que delimitam o âmbito de aplicação das regras materiais dos diplomas supra referenciados às relações transnacionais, são estritamente formais. Mas isso não obsta a criatividade jurisprudencial (que nós consideramos, particularmente, fundamental) atentando a natureza jurídica e os interesses emergentes que certas e determinadas situações jurídicas reclamam. Por isso, a possibilidade de recorrermos a valorações de natureza substancial. De acordo com alguma jurisprudência o contrato internacional é entendido como aquele que” (...) qui mete en jeu les intérêts du commerce international”. Esta noção surge a propósito da determinação do âmbito de aplicação da regra material de origem jurisprudencial segundo a qual a nulidade de um contrato desta natureza não prejudica a validade da cláusula compromissória nele contida.<sup>32</sup>

No que tange à noção de venda internacional, a Convenção sobre a lei Aplicável aos contratos de Venda Internacional de Mercadorias, concluída em Haia, a 22 de Dezembro de 1986<sup>33</sup>, ainda que na al. a) do art. 1.º considera que integram o seu domínio de aplicação os contratos de venda de mercadorias quando as partes tenham o seu estabelecimento em diferentes Estados. Na al. b) não chega a concretizar a noção, pois não existe consenso sobre o conteúdo da expressão “situações contratuais que reclamem a aplicação de uma norma de conflitos de leis”. Assim, «(...) dans tous les autres cas où la situation donne lieu à un conflit entre les lois de différents Etats, à

---

<sup>30</sup>Tratam-se de “relações económicas que por cima de fronteiras nacionais ligam pessoas integradas em ordens jurídicas diversas”; contratos “que não se constituem, desenvolvem e morrem exclusivamente dentro das fronteiras de um Estado, antes de alguma forma tocam interesses localizados no estrangeiro”; “contratos que tocam interesses ligados a vários Estados”. In MAGALHAES COLLAÇO, Isabel, - **Da compra e venda em Direito Internacional Privado, Aspectos Fundamentais**, Vol. I (Dissertação de Doutoramento), Lisboa, 1954, pp. 80 e ss. e, *Idem* pp. 3 e 56.

<sup>31</sup> LIMA PINHEIRO, Luís de, - **Direito comercial internacional**, *ob. cit.* pp. 72 e ss.

<sup>32</sup> Cour de Cassation, de 18 de Maio de 1971 (Arrêt Société Impex), in *Revue critique*, 1972, p. 124, e a decisão da Cour d’Appel de Paris, de 13 de Dezembro de 1975 (arrêt Menicucci), in *Revue critique*, 1976, p. 507. Sobre este assunto. DEBY- GÉRARD, F. – **Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux**, Paris : Dallonz, 1973. pp. 103 e ss. ROBERT, J. – **L’arbitrage –droit interne- droit internationale privé**, 5.ª edição, Paris : Dalloz, 1983. pp. 245 e ss.

<sup>33</sup> Recueil des Conventions (1951-1988), Conférence de la Haye de Droit International Privé, ed. pelo Bureau Permanent de la Conférence.

Sobre a Convenção. FRÉDÉRICQ, L. (Baron) – **La vente en droit international privé**, in RCADI, t. 93, 1958-I, pp. 21 a 29.

moins qu'un tel conflit ne résulte du seul choix par les parties de la loi applicable, même associé à la désignation d'un juge ou d'un arbitre ».

O mesmo se aplica à Convenção sobre a lei aplicável aos Contratos de Mediação e à Representação, concluída em Haía, a 14 de Março de 1978<sup>34</sup>, que, n.º art. 1.º, restringe o seu âmbito de aplicação “(...) às relações de carácter internacional (...)”, mas não define quais as relações que deverão ser qualificadas dessa forma. O mesmo acontece na fórmula utilizada pela Convenção de Roma (1980) e pelo Regulamento (Roma I). Ambos nos seus arts. 1.ºs, dispõem que têm aplicação sempre que estivermos face a “(...) situações que impliquem um conflito de leis”.<sup>35</sup>

Finalmente, pela sua enorme importância prática, no domínio do comércio transnacional,<sup>36</sup> a noção de internacionalidade do contrato comercial transnacional, à luz dos critérios do direito da arbitragem comercial transnacional, categoria mais restrita da arbitragem transnacional.<sup>37</sup>

Existem várias aceções possíveis de internacionalidade. No primeiro caso, estaríamos face a uma arbitragem internacional, bastando que apresentasse conexão com pelo menos dois Estados. O carácter fortuito de algumas das conexões (Ex: lugar da arbitragem), a natureza processual e superficialidade no que concerne à relação material controvertida, dificulta a caracterização da arbitragem como internacional.<sup>38</sup>

---

<sup>34</sup> Aprovada para ratificação pelo Decreto n.º 101/79, de 18 de Setembro, in D.R. n.º216, 1.ª Série, de 18 de Setembro de 1979 e o instrumento de ratificação depositado em 4 de Março de 1982. (Recorremos à tradução oficial em língua portuguesa)

<sup>35</sup> A *ratio* desta expressão prende-se com a vontade que o legislador teve de permitir integrar no seu domínio de aplicação situações que dêem “(...) lugar a um conflito entre dois ou vários sistemas jurídicos, mesmo que decorra na mesma ordem jurídica do Estado Contratante. GIULIANO, Mario/LAGARDE, Paul, - **Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles**. JOCE C 282, 31/10. 1980

p. 10; Ver também GAUDEMET – TALLON, Hélène, - **Le nouveau droit international privé européen des contrats (Commentaire de la convention C.E.E. n.º 80/934 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980)**. Rev. Trim. dr. eur. 17 : 215-285., 1981, pp. 231 e ss.

<sup>36</sup> MOURA, Vicente Dário - **Da arbitragem comercial internacional, direito aplicável ao mérito da causa**, Coimbra Editora, 1990, p. 37 e ss.

<sup>37</sup> FERRER CORREIA, A., - **Da arbitragem comercial internacional**, ob. cit., p.3 e ss., e in *Temas de Direito Comercial e Direito Internacional Privado*, ob. cit., p. 180

<sup>38</sup> MIMOSO, Maria João, - **Arbitragem do Comércio Internacional. Medidas Provisórias e Cautelares**, Lisboa: Quid Juris, 2009, pp. 78 e 79

No segundo entendimento, é suficiente que os interessados tenham nacionalidade ou domicílio (pessoas singulares) e sede (pessoas coletivas) distintas.

Consideramos que este entendimento não é consistente e suficiente para caracterizar a arbitragem como internacional, visto que as esferas de interesses podem ter diferentes nacionalidades (p. ex. um português e um espanhol), mas possuir a mesma residência (p. ex. Portugal), e o contrato que celebrarem (p.ex. contrato de compra e venda mercadorias produzidas em Portugal) contendo uma cláusula arbitral apostada desenrolar-se apenas numa ordem jurídica.<sup>39</sup>

Decorre do exposto que a resposta a dar ao critério escolhido para caracterizar a arbitragem como internacional está na relação jurídica material controvertida, constante da cláusula arbitral. Optando, desta feita, por critérios de natureza económica.<sup>40</sup>

Atender a uma análise económica da transação comercial internacional, permite-nos considerar aspetos prévios à arbitragem.<sup>41</sup>

Partindo para os principais instrumentos internacionais diremos: a Convenção de Nova York, no seu art. 1.º, apresenta o requisito de internacionalidade tendo por base um critério processual (lugar fixado para a arbitragem) e um outro substantivo / económico, tendo por base a relação jurídica controvertida.<sup>42</sup>

Ao analisar a al. a) do art. 1.º da Convenção de Genebra de 1961, verificamos que a mesma exige, para preencher o requisito da internacionalidade, que as convenções de arbitragem respeitem a litígios emergentes de operações do comércio internacional (relação material controvertida) e que as partes intervenientes tenham a residência

---

<sup>39</sup> *In ibidem.*

<sup>40</sup> *In ibidem.*

<sup>41</sup> Segundo Jacques Béguin « en matières d'arbitrage, il y a de moins en moins de règles de conflit, de plus en plus de règles matérielles. Par conséquent, ... on doit évaluer depuis les critères tirés de la personne de partie vers le critère tiré de l'objet du rapport litigieux. Car il y a une corrélation logique entre la choix du critère tiré du rapport litigieux et la primauté des règles matérielles sur les règles de conflit ». JACQUES, Béguin, - **L'arbitrage commercial international**, Centre de recherche en droit privé & comparé du Québec : Montréal, 1987, pp. 72 e ss.

<sup>42</sup> No mesmo artigo dispõe que «se aplica também às sentenças arbitrais que não forem consideradas sentenças nacionais no Estado em que são pedidos o seu reconhecimento e execução.» Ampliando, assim, o sentido da aceção da arbitragem internacional. Implicando uma remissão para o Estado que der seguimento aos pedidos e para as noções em vigor de cada Estado contratante.

habitual, ou a respetiva sede, em diversos Estados contratantes (critério, mais relevante, baseado nos elementos subjetivos da relação).

A Lei-modelo da C.N.U.D.C.I. Comissão das nações Unidas para o Direito Comercial Internacional) ou U.N.C.I.T.R.A.L (*United Nations Commission of International Trade Law*) privilegia uma aceção pessoalista e processualista. O legislador atribuiu às esferas de interesses “a liberdade de qualificar como internacional a relação em que se encontram envolvidas”.<sup>43</sup>

Fazendo uma breve referência às ordens jurídicas portuguesa, espanhola e francesa (Estado influenciador) constatamos que para o direito destes países a arbitragem internacional é aquela que põe em jogo interesses do comércio internacional.<sup>44 45</sup>

A finalidade destes critérios permite, de alguma forma, esbater o requisito internacionalidade, no caso específico de algumas transações comerciais, que, ainda que conectadas, somente, com uma ordem jurídica, tendo em atenção a movimentação de bens, verão aquele preenchido.<sup>46</sup> Noutros casos será rejeitada a internacionalidade das operações cujos elementos de extraneidade sejam fortuitos ou não atendíveis.<sup>47</sup>

Em termos sumários podemos entender, ainda que com algumas ressalvas, que a arbitragem comercial visa dirimir litígios nascidos das operações do comércio internacional.<sup>48</sup>

Em jeito de síntese, e englobando aqui todas perspectivas da noção de contrato comercial transnacional, devemos entender “(...) qu’il n’y a pas une définition absolue de la notion, mais différentes manières de la cerner”.<sup>49</sup>

---

<sup>43</sup> BENTO SOARES, Maria Ângela/ MOURA RAMOS, Rui Manuel, - **Contratos internacionais, compra e venda, cláusulas penais, arbitragem**, Coimbra: Almedina, 1986, pp. 330 e ss..

<sup>44</sup> Em Portugal, a Lei 63/2011 de 14 de Dezembro no seu art. 49 n.º 1 (reguladora da arbitragem) ; em Espanha al. c) n.º 1 do art. 3.º da Lei n.º 60/2003 de Arbitragem; em França o art. 1492.º do N.C.P.C..

<sup>45</sup> Relembrando Isabel Magalhães Collaço, profundamente influenciada pela doutrina francesa. Ver nota 10.

<sup>46</sup> Ver Regulamento n.º 593/2008 (Roma I), no seu n.º 3 do art. 3.º (não devemos entender que este mecanismo converte o contrato em internacional, apenas permite a escolha de uma lei diferente do lugar onde encontra-se localizado.

<sup>47</sup> Ver Roma I

<sup>48</sup> Tendo em apreço a noção de arbitragem estrangeira, devemos potenciar o alargamento do seu sentido e alcance de forma a abarcar, também, a sentença emitida de acordo com o direito vigente nesse Estado.

Os critérios constitutivos das definições de contrato comercial transnacional, que desenvolvemos, não são mais que juízos de carácter valorativo sobre a oportunidade da submissão a uma disciplina específica, conflitual ou material, de todo um conjunto de situações que apresentavam uma mesma característica base, uma conexão com duas ou mais ordens jurídicas.

Creemos que poucas seriam as palavras se quiséssemos investir sobre o tema do contrato transnacional, chamando o que fora anteriormente dito, trata-se de uma realidade em crescendo, dinâmica, fluida, transversal, seguindo os impulsos dos ciclos económicos, em parte, por si criados. Pelo que em pouco, categórica.

Podemos entender como definido e pacífico, que se trata de uma realidade que poderá ser criada por múltiplos sujeitos, em regra empresas multinacionais e transnacionais,<sup>50</sup> e influir, pelo menos em termos jurídicos, na vida económica de diferentes Estados. Nestes termos, adotaremos no panorama nocional um critério formal ou jurídico, que se prende com a conexão relevante, com pelo menos dois Estados, articulando com um critério substancial que concerne à ligação fundamental e *fundamentante* entre os elementos da relação jurídica e a vida económica dos Estados. Entendendo aquela relação, para os sujeitos, como um estado das diversas esferas de interesses face à realidade jurídica envolvente. Esse estado fará depender a aplicação do direito comercial internacional.

Consideramos que este conceito será suficientemente amplo para que nele caibam as principais realidades dignas de serem tratadas como constitutivas do objeto da disciplina do Direito comercial Transnacional.

Entendemos, todavia, e na esteira dos fundamentos que serviram de base às aceções mais amplas que, dever-se-á proceder, casuisticamente, à análise, por um lado das

---

<sup>49</sup> FONTAINE, M. – **La notion de contrat économique international**, in *Le contrat économique international – stabilité et évolution*, Travaux des VIIes Journées d'études juridiques Jean Dabin, Bruxelas/Paris, Bruylant/Pedone, 1975, p. 31.

<sup>50</sup> As primeiras dispõem, no seu processo produtivo, de unidades de produção integradas, todavia, instaladas em diversos países, as segundas têm sede num país distinto daquele onde opera, total ou parcialmente, a sua atividade. No entanto, podemos considerar as duas expressões equivalente pela mundanização do seu uso. Denominando, em geral, as grandes empresas internacionais (abertas ao comércio internacional e que nele desenvolvem a sua atividade), em especial, aquelas sedeadas num país desenvolvido e que operam num país em vias de desenvolvimento.

especificidades da operação comercial, leia-se, o impacto desta tanto na economia como relativamente às partes contratantes, sumariamente, o valor jurídico e económico dos interesses em jogo, e, por outro lado, da mais-valia que essa disciplina jurídica de cariz económico será para a operação em si (completude) e para aqueles interesses (tutela). Da análise resultará uma segunda fase de ponderação sobre a atendibilidade da possibilidade, de, com apenas estes elementos, submeter a citada operação comercial ao direito comercial transnacional.

Creemos que a título de exceção não há razões para que não se possa admitir tal possibilidade, visto que o mesmo raciocínio já decorre, pelo menos por inferência, do disposto no, anteriormente, assinalado n.º 3.º do art.º 3.º de Roma I (contratos monolocalizados).

De uma forma mais clara o 2.º parágrafo do 1.º comentário ao preâmbulo dos Princípios de UNIDROIT sobre os contratos comerciais internacionais (2.ª edição) afirma que **“existe a presunção de que o conceito de “internacionalidade” dos contratos deve ser interpretado no sentido mais amplo possível”**.<sup>51</sup> Apresentando, todavia, como limite os contratos monolocalizados, excluindo assim “aquelas relações contratuais que careçam de todo do elemento de internacionalidade”, ou seja, todos os contratos que tenham “todos os [seus] elementos transcendentales (...) conexão com uma só nação.

## 2. Da Relevância social e Jurídica do Direito Comercial Transnacional

A realidade económica atual, com a globalização, a *mundialização* e o conseqüente aumento do fluxo em quantidade e qualidade das transações económicas transnacionais, tanto no que concerne ao tipo de transações (e graus de investimento, em especial o dos Estados e o dos grandes operadores multinacionais) como à qualidade dos sujeitos intervenientes<sup>52</sup>, vislumbrou a expansão além-fronteiras do seu raio, tendo como conseqüência a sua internacionalização.<sup>53 54</sup>

---

<sup>51</sup>Negrito nosso.

<sup>52</sup>Com um peso cada vez mais expressivo, senão o mais expressivo, nas economias actuais dos diversos Estados.

<sup>53</sup> A globalização corresponde a um fenómeno complexo com efeitos de grande alcance, “com uma força benigna e irresistível que pode ou não oferecer prosperidade “ na esfera económica ao Homem. WORLD

Por outro lado, esse efeito revela a crescente importância, para as economias nacionais, daquelas relações.<sup>55</sup> Respeitantes, em primeiro lugar, ao tráfico internacional de mercadorias, serviços, capitais, bens de propriedade intelectual e direitos (*ex maxime* sobre valores mobiliários). Podendo resultar, também, de “contratos de cooperação interempresarial transnacional e de contratos internacionais tendo por objeto o aproveitamento de bens do domínio público.”<sup>56 57 58</sup>

As relações comerciais transnacionais, devido à evolução do comércio internacional, são o exemplo paradigmático, ou mesmo um sector, revelador do grau de importância dessas relações, ocupando um lugar de destaque no tráfico jurídico transnacional.

Em especial, o aumento do “*fluxo e refluxo*” das transações comerciais transnacionais implica uma reflexão, não apenas no plano material, mas também no plano jurídico (severamente influenciado pelos fatores económicos e financeiros), sobre as respostas a dar às necessidades desta realidade dinâmica, como celeridade e uma tutela adequadas.

Os sistemas jurídicos e judiciários nacionais e a respetiva prática forense, em geral, não estão munidos de soluções eficazes, muito menos eficientes, no sentido de fluidificar todos os aspetos das relações estabelecidas neste sector. Basta referir as cláusulas compromissórias, cláusulas atributivas de jurisdição estrangeira, ou os contratos internacionais globais (*ex maxime* o contrato de *engineering*), para assimilar a dimensão do problema.

---

COMMISSION ON THE SOCIAL DIMENSION OF GLOBALIZATION. *A fair Globalization Creating Opportunities for all*. Geneva, Switzerland, Feb. 2004. Disponível em: <[http:// www. Ilo.org/wcmsp5/groups/public/-dgreports/-dcomm/documents/publication/kd00068.pdf](http://www.Ilo.org/wcmsp5/groups/public/-dgreports/-dcomm/documents/publication/kd00068.pdf)>. Acesso em: 13-01-2012. Principais fundamentos económicos da globalização. In *Ibidem* p. 28, 32, 33 e 38.

<sup>54</sup> Convém, frisar que o desenvolvimento tecnológico e científico, em especial as novas tecnologias da informação e comunicação, como meios condutores do estreitamento das relações comerciais transnacionais.

<sup>55</sup> Os Estados, tendo em vista a estabilização do capitalismo, cada vez mais se tornam participantes ativos da *mundialização* da economia.

<sup>56</sup> LIMA PINHEIRO, *ob. cit.* p. 16.

<sup>57</sup> MARQUES DOS SANTOS, A. – **Direito Internacional Privado, Introdução** – Vol. I, Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2001. pp. 10

<sup>58</sup> Razões da nacionalização das relações transnacionais, em geral, em Portugal. E a evolução positiva no que tange às questões inerentes à internacionalidade das relações transnacionais. Ver *ibidem*, pp. 10-11 e as citações em rodapé. Estudo do DIP nalguns países da Europa e América. Ver. MARQUES DOS SANTOS, A. – **Defesa e ilustração do Direito Internacional Privado**, Suplemento da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa: Coimbra Editora, 1998.

Entendemos que no sentido de melhorar a qualidade das relações comerciais transnacionais (antes, durante e após o seu nascimento) deveremos recorrer, não apenas ao Direito de Conflitos, mas também, e, cada vez mais, ao direito transnacional, paranacional, anacional ou meta nacional. Não esqueçamos do recurso cada vez maior ao *Domus* arbitral transnacional.<sup>59</sup> Razões de ordem jurídica e económica, e essencialmente, de ordem prática se levantam e apelam nesse sentido.

As relações comerciais transnacionais, mais concretamente, os seus agentes, os operadores mercantis, carecem de um *ius* retor que vá de encontro às suas legítimas expectativas –necessidades e interesses - A segurança é o princípio que deverá preponderar no tráfico jurídico transnacional. Não esqueçamos o risco associado aos grandes investimentos e o impacto socioeconómico da sua execução no terreno.

Não olvidemos que uma eficiente regimentação das relações mercantis internacionais aumenta a probabilidade destas se voltarem a constituir. A estabilização destas relações aproveita, necessariamente, ao bom funcionamento do mercado, e conseqüentemente aos processos de integração social, económica, política e cultural.

O desenvolvimento do mercado potencia o crescimento económico, financeiro e até cultural dos diversos países. Constituindo, desta feita, um aglomerado de oportunidades que, sob o princípios da eficiência económica, não poderão ser postas à margem.

Finalmente, uma última reflexão relativa ao papel do Homem, o comum jurista, e do jurista apaixonado por todas as questões que dominam a atualidade, particularmente, aquelas que envolvem grandes investimentos, grandes investidores, grandes riscos, mas também imensas oportunidades de integração e de desenvolvimento positivo das práticas comerciais. Ao jurista “no se le pide solo que interprete la ley [interprete e/ou aplicador], se le pide como en la época preindustrial, que utilice la técnica jurídica para satisfacer las necesidades cambiantes del mercado produciendo nuevos bienes o nuevas operaciones económicas”<sup>60</sup>

---

<sup>59</sup>LIMA PINHEIRO, *ob. cit.* pp. 16 e 23 – 24.

<sup>60</sup> GALGANO, F. – La globalización en le espejo del derecho, *ob. Cit.* Gondra Romero, J. M.<sup>a</sup> – La moderna lex mercatória y la unificación del derecho del comercio internacional, RDM, n.º 127, 1973, p. 64

Assim, o futuro verá renascer uma nova doutrina e jurisprudência dos interesses, propulsora da uma rede, cada vez maior, de vínculos entre as diversas corporações transnacionais, principalmente as grandes *law firm* internacionais<sup>61</sup>, e instituições privadas transnacionais, estruturas bases da sempre novíssima *Lex Mercatória*.

---

<sup>61</sup> As *Law firms* internacionais “se organizam como empresas guiadas por el principio económico de competencia en el mercado jurídico”. FERRARESE, M.<sup>a</sup> R. – **La lex mercatória tra storia e attualità: Da diritto dei mercanti a lex per tutti?**, Milan: Sociologia del Diritto, 2005, p. 169

## Capítulo II- Da Disciplina Jurídica dos contratos comerciais internacionais

### 1. Vias de regulação

Numa visão tradicional, devemos entender que a disciplina jurídica a aplicar aos contratos transnacionais, como às demais relações jurídicas privadas plurilocalizadas, decorrerá do resultado a que se chegue através do “*modus operandi*” das normas de conflitos de leis no espaço (método conflitual)<sup>62</sup>. Esse micro sistema de regras e princípios distingue-se das normas regimentadoras, por apresentar um modo de regulação indireto, formal, tendo como objeto fundamental a delimitação de um ordenamento ou ordenamentos [mais habilitado (s)] onde a solução jurídica deverá ser desvendada, por ser alheio a quaisquer juízos de carácter valorativo no que tange aos diversos conteúdos das posições jurídicas das esferas de interesses em presença.<sup>63 64</sup> A norma de conflitos, através do seu método, não escolhe a lei mais adequada em termos substanciais para disciplinar as situações jurídicas integráveis no seu âmbito de aplicação, designa, sim, a lei mais bem posicionada em termos espaciais para proceder a essa disciplina.<sup>65</sup>

Decorre do método conflitual, a perceção de uma sociedade territorialmente dividida em Estados, com ordens jurídicas próprias, cujos sistemas jurídicos se apresentam, pelo menos potencialmente, divergentes.<sup>66 67</sup>

O método conflitual tem vindo a perder adeptos, conforme tínhamos dito, anteriormente. A realidade jurídica atual, profundamente influenciada, pelas flutuações económicas e

---

<sup>62</sup> De fonte interna, ou supraestadual (Internacionais ou emanadas pelas estruturas institucionais da União Europeia).

<sup>63</sup> FERRER CORREIA, A. – **Considerações sobre o método do Direito Internacional Privado**, in Estudos vários de direito, Coimbra, 1982, p. 309 e ss.

<sup>64</sup> No entanto, vários são os casos onde afloram manifestações de justiça material nesta justiça que se caracteriza como formal. Ver LIMA PINHEIRO, Luís de – **Direito internacional privado, Vol I, Introdução e direito de conflitos, Parte Geral**, Coimbra: Almedina, 2001, p. 227 e ss. Com as respectivas notas.

<sup>65</sup> FERRER CORREIA, A. – Considerações (...) p. 309 e ss.

<sup>66</sup> A heterogeneidade substantiva dos sistemas jurídicos dos Estados implica uma escolha do direito a aplicar à situação, o âmbito territorial dos ordenamentos jurídicos faz com que, por regra, a carga valorativa da norma de conflitos incida sobre a relação existente entre o território e a situação. BAPTISTA MACHADO, João. – **Lições de Direito Internacional Privado**. *Ob. cit.* p. 34.

<sup>67</sup> Para esta visão tradicional, o Direito internacional público, o Direito da União Europeia, ou o Direito transnacional, poderá disciplinar os contratos comerciais internacionais se uma ordem jurídica Estadual assim o determinar, isto é, não de forma autónoma.

financeiras, apresenta uma dinâmica que as normas conflituais não acompanham. A previsibilidade ou segurança jurídicas que deveriam presidir a estas normas não é assegurada.

Algumas críticas chegam dos EUA, pela boca dos que rejeitam o processo conflitual tradicional, que, pelo menos em via de regra, se alheia a valorações constantes em tais preceitos.<sup>68</sup>

Há também autores que vêm com bons olhos a articulação entre esta técnica regulativa e a regulação anacional do comércio transnacional, a *Lex Mercatória*. Assim, entendem, por bem, promover a combinação entre a *lex mercatória*, o sistema conflitual Estatal e as normas materiais dos diversos direitos materiais estaduais.<sup>6970</sup> Todavia, entendemos fundamental, em sede de direito aplicável analisar a relação de complementaridade existente entre as técnicas supra referidas.

A prática arbitral sugere a sua aplicação conjunta. Assim, ocorrera num caso de um contrato internacional de *engineering* para a instalação de uma fábrica de cimento em que foi aposta uma cláusula de lei aplicável que delimitava o ordenamento jurídico Lituano. O árbitro que solucionou juridicamente o litígio, recorreu ao Direito Estadual

---

<sup>68</sup> Cavers designa-as como “jurisdiction-selecting rules” e entende que: “Without taking the content of the conflicting laws into account, how could one know what would satisfy the demands of justice or the requirements of policy?” CAVERS, D. F.– **The choice-of-law process**, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 1966 (2.<sup>a</sup> impressão). p. 9; CURRIE, B.- **Selected Essays on the conflict of laws**, Durham: N. C., Duke University Press, 1963, p. 6: “ (...) there can be no defense for a system of conflict of laws that ignores the content of the foreign law that is designated as controlling”; EHRENZWEIG, A. A. – **Private international law – A comparative treatise on American international conflicts law, including the law of admiralty– General Part**, Leyden /Dobbs Ferry, N.Y., A.W. Sijthoff/Oceana Publications, 1967, p. 105: “Any of the techniques which seek to ascertain a ‘governing’ foreign law, or which, in Cavers’ words ‘select a jurisdiction’, is tempted to do so without articulating those forum policies which require or preclude application of a specific foreign rule in a specific situation”.

<sup>69</sup> Pondo termo à visão estanque da doutrina internacionalista e conflitualista que não são mais que perspectivas de um mesmo problema. Ver JUENGER, F. K. – **The Lex Mercatoria and Private International Law**, *Uniform Law Review*, 2000-1, pp. 171-177.

<sup>70</sup> Sobre função da *Lex mercatória* no atual Direito Internacional Privado. Ver REMIRO BROTONS, A. – **Reglas de conflicto y normas materiales de Derecho internacional privado**, *Temis*, Symbolae García Arias, n.º 33-36, 1973-1974, pp. 605 e ss. Para demonstrar que poderão coexistir em paralelo exercendo uma influência mútua, bastará mencionar a vasta jurisprudência arbitral que demonstra o quanto a *lex mercatória*, devido à sua crescente aceitação, tem interpenetrado nos ordenamentos jurídicos internos. Ver, Laudo arbitral da CCI, no assunto n.º 10346/2000. Neste caso regulado pelo Direito Colombiano, demonstrou-se que as soluções jurídicas a que chegamos – relacionadas com o princípio da boa fé, ou em matéria de indemnização por danos – constituem elementos constitutivos dos Princípios da UNIDROIT (fonte da Nova *Lex Mercatória*). Ver, também, no mesmo sentido Laudo Arbitral CCI, assunto n.º 9594/1999, n.º 10335/2000 e 9753/1999.

lituano, e, socorrendo-se do art. 17 das Regras Arbitrais CCI, aplicou os usos relevantes do comércio transnacional.<sup>71 72</sup>

Podemos inferir deste entendimento, por forma enunciativa, que as partes poderão submeter os litígios emergentes dos contratos transnacionais às normas da *Lex Mercatória*.<sup>73 74</sup>

Fazendo uma breve incursão sobre a Convenção de Roma de 1980 e do atual instrumento uniformizador das normas conflituais em matéria contratual (ROMA I) [instrumentos funcionalmente complementares] mais intrinsecamente, à sua filosofia, constatamos que existe um limite à escolha do direito aplicável pelas partes. Trata-se da obrigatoriedade da escolha de um direito Estadual.<sup>75</sup> Seja de Direito Internacional Privado, seja por regulamentos arbitrais ou Convenções Internacionais.<sup>76</sup>

Todavia, no plano conflitual, a *Lex Mercatória* poderá sempre, ser utilizada por recurso à autonomia da vontade, se e dentro dos limites do Direito Estadual.

---

<sup>71</sup> Ver assunto CCI n.º 10022/2000. Concretiza-se a aplicação dos princípios da UNIDROIT e os PECL.

<sup>72</sup> Em sentido contrário, Ver assunto CCI n.º 9029/1998. Nesta arbitragem está em causa um contrato de engenharia para a realização de um projeto aeronáutico, celebrado por uma companhia italiana e outra companhia austríaca, com uma cláusula de escolha de lei, que delimita o ordenamento jurídico italiano. O árbitro aplica a *Lex Mercatória* porque o artigo 834.º do Código de Processo Civil italiano exige que numa arbitragem internacional aquele terá em consideração os usos do comércio. O laudo considerou a *Lex Mercatória* como integrante do direito italiano, tendo uma função interpretativa e integradora (um instrumento ao serviço do Direito a aplicar ao caso). No nosso entendimento a *Lex Mercatória* foi, no que tange à sua operatividade, interpretada muito restritivamente, de tal forma que na realidade ela não teria aplicação efetiva.

<sup>73</sup> Ver BERGER, K. P. – **International Arbitration Practice and UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts**, A.J.C.L., 1998, pp. 129 e ss.

<sup>74</sup> Os Princípios da UNIDROIT (e por arrastamento os PECL), para a prática arbitral, não constituem um corpo normativos, no sentido de poderem ser considerados como uma lei nacional autónoma aplicável ao contrato, afastando o direito estadual. Ver Assunto CCI n.º 9419/1998.

<sup>75</sup> A prática arbitral entende que mesmo que se aplique a *Lex Mercatória* ela não afasta o Direito Estadual. Ver assunto CCI n.º 9419/1998.

<sup>76</sup> Outras técnicas de regulamentação indireta, atendendo ao facto de apresentarem uma natureza remissiva: Direito material especial – ex: Código de Comércio Internacional da ex-Checoslováquia de 1964 e a Lei sobre os contratos Internacionais da ex-RDA, de 1976 - e soluções jurídicas *ad hoc* [ex:normas autolimitadas] [fonte interna]; Direito material especial – ex: Convenção de Viena sobre a venda internacional de mercadorias de 1980 e a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras de Nova Iorque, de 1958 [fonte supranacional]. A título excepcional encontram-se, contudo, na actualidade, as vias de regulamentação direta através do Direito Estadual: o Direito material comum como disciplina a aplicar aos contratos comerciais transnacionais ou nacionais [não reconhecendo-se àqueles o carácter absolutamente internacional]; o Direito material especial de fonte interna ou soluções jurídicas *ad hoc* forem aplicados para os contratos transnacionais, independentemente da ligação com o Estado local; finalmente, o Direito material especial de fonte supraestadual aplicado a contratos transnacionais, alheio à ligação existente entre estes e o Estado onde esse Direito vigora. Segundo Lima Pinheiro estas afectam a segurança jurídica e promovem o *fórum Shopping*. LIMA PINHEIRO, - Direito comercial internacional, pp. 55-56, e as respetivas referências.

Consideramos, no entanto, que deveria operar-se um processo de transnacionalização das normas conflituais, no sentido de permitir às partes submeter os seus contratos à regulação por normas anacionais. De acordo com as exigências do comércio transnacional, potenciando a previsibilidade, assegurando assim, uma maior segurança jurídica para as esferas de interesse.

Devemos ter em consideração que aquele Direito opera no território planetário total, ainda que a um nível meta nacional. Facto que, a par do entendimento de que constitui uma verdadeira ordem jurídica, por si justifica a sua aplicação plena.

Sobretudo na Europa, algumas vozes pretendem demonstrar o quão “posticho” pode ser o *quid facti* constitutivo do elemento de conexão da norma de conflitos em certas situações transnacionais, substituindo, nesses casos, o método conflitual por uma disciplina material *ad hoc*, construída (pelo menos em primeira instância) a partir dos conteúdos das disposições materiais disciplinadoras da situação das ordens jurídicas em contacto.<sup>77</sup> Existe quem sustente que pela existência, na atualidade, de situações verdadeiramente internacionais exigiria uma regulamentação tendo por base regras e princípios, através de uma análise comparativa (instituto a instituto) dos diversos sistemas jurídicos em tese aplicáveis, em tudo o que fosse comum a todos eles (visão comparatista).<sup>78</sup>

---

<sup>77</sup> Steindorff considera que as relações jurídicas privadas internacionais deveram ter como solução jurídica a disciplina de apenas uma Estado se, por um lado “(...) sie inhaltlich mit Sachnormen anderer Rechtsordnungen im wesentlichen harmonieren; zum anderen, wenn sie zu dem Sachverhalt tatsächlich wesentlich stärker als andere Rechtsordnungen verknüpft sind“ STEINDORFF, E. – **Sachnormen im internationalen privatrecht**, Frakfurt a. M., Vittorio Klostermann, 1958. p. 271 (fim). Se estas condições não se verificarem, não fará sentido nacionalizar estas situações pelo recurso a uma norma de conflitos. Nestes casos, a regulamentação será feita à luz de soluções jurídicas matérias, que no âmbito contratual, serão (a título principal) as das normas materiais a que chegamos através daquela norma de conflitos. Assim, “(...) die einem internationalen Masstab entsprechen und, wo er fehlt, mit der Mehrzahl verknüpfter Rechtsordnungen übereinstimmen“ e , por forma subsidiária, em „ (...) Gesichtspunkten einer gesellschaftlichen Zweckmässigkeit (...)“ ou, por forma alternativa, p. ex. para suprir incumpletudes, em „ (...) Gesichtspunkten individueller Gerechtigkeit“ (*Ibidem*, p. 256)

<sup>78</sup> JESSUP, Ph. C. – **Transnational law, New Haven**, Yale University Press, 1956. Especificamente pp. 72 e ss.; LANGEN, E. – **Vom internationalen privatrecht zum transnationalen handels-recht**, in NJW, 1969, especificamente pp. 203 e ss.; BONELL, M. J., - **Le regole oggettive del commercio internazionale**, Milão, A. Giuffrè, 1976. Especificamente pp. 209 e ss; LORENZ W. – **Rechtsvergleichung als method zur konkretisierung der allgemeinen grundsätze des rechts**, in JZ, 1962, pp. 269 e ss., especificamente p. 270.

Neste sentido, encontra-se a doutrina do tronco comum<sup>79</sup> que apresenta como ponto de partida o afastamento dos direitos nacionais operado pelas partes, e a eleição de um terceiro direito neutral face aos litígios emergentes das relações contratuais transnacionais.

A finalidade é encontrar os aspetos comuns às diversas legislações por forma a não frustrar as expectativas jurídicas das esferas de interesse daquelas relações que resultaria da aplicação de normativos desconhecidos, e até, mesmo, desfavoráveis para alguma delas.<sup>80</sup> Ampliando, desta forma, a esfera da autonomia privada no que tange à eleição do direito aplicável ao contrato.

Segundo RUBINO-SAMMARTANO, os princípios que decorrem da análise comparatista operada, constituem, ao contrário da *Lex Mercatória*,<sup>81</sup> um corpo obrigatório de normas jurídicas<sup>82</sup> podendo ter aplicação através de uma eleição tácita ou expressa. Não se tratando de um recurso residual ou subsidiário na ausência de escolha de lei.<sup>83</sup>

Considera, contudo, que a *Lex Mercatória* emerge, essa sim, como um instrumento subsidiário ao tronco comum, sempre que não existam disposições comuns reguladoras de determinadas aspetos do contrato cuja importância da regulamentação é fundamental para a vida desse contrato, inclusive, no que respeita à resolução dos conflitos que dele emergem.<sup>84</sup>

---

<sup>79</sup> Que surge em finais da década de 1980 pelo professor RUBINO-SAMMARTANO, assente em precedentes de decisões arbitrais e de sentenças nacionais. Ver RUBINO-SAMMARTANO, M. – **The Channel Tunnel and the Tronc Commun Doctrine, Journal of International Arbitration**, 1993, n.º 10, pp. 59-65.

<sup>80</sup> Exemplificando: aceitou-se o *principio pacta sunt servanda* como um princípio comum aos sistemas jurídicos francês e inglês, e a doutrina *exception d'inexécution* como princípio geral comum ao Direito do comércio transnacional. Ver SHERIDAN, P. – **Construction and engineering arbitration**, Londres: Carswell, 199, p. 132.

<sup>81</sup> Para o autor perderia operatividade com a ausência de escolha de lei.

<sup>82</sup> Os princípios comuns resultado da análise comparativa dos sistemas jurídicos nacionais formam, somente, um ordenamento constituído *ad hoc*. Ver VERDROSS, Alfred, - **Gibt es Verträge die weder dem innerstaatlichen Recht nor dem Völkerrecht unterliegen?**, ZRvgl. 6: 129-134, 1965.p. 130 e ss.

<sup>83</sup> Segundo o mesmo autor a *lex mercatória* carece de força obrigatória por consistir em princípios comuns ao direito transnacional. **Sobre a sua força obrigatória destacaremos um ponto de reflexão no nosso estudo.**

No entanto, não partilhamos de uma visão tão restritiva daquilo a que nos dias de hoje constitui parte integrante da Nova *Lex Mercatória*., e tão redutora no que tange à dimensão desta nova realidade jurídica e económica. Conforme procuraremos demonstrar mais adiante: ela abrange, também, os princípios gerais do direito e princípios gerais específicos das obrigações, pelo que poderá integrar princípios do direito comum das ordens jurídicas em contacto com as diversas relações comerciais transnacionais em análise; e, possivelmente, apresentar-se-á como um verdadeiro direito “vivo” do comércio transnacional.

Outros autores entendem que a problemática incide sobre a própria intervenção dos direitos dos Estados nas relações transnacionais.<sup>85</sup> Nessa esteira, as soluções mais adequadas para a disciplina dos aspetos principais dum importante conjunto de relações comerciais transnacionais deverão ser encontradas à margem dos direitos dos Estados, implicando pelo menos uma reflexão sobre alguns dos aspetos do método conflitual.

Assistimos, nos últimos tempos a fenómenos de “internacionalpublicização” e de “transnacionalização” da disciplina jurídica de certos contratos comerciais transnacionais. No primeiro caso quando por forma articulada são objeto de conformação e regulação pelas normas de direito internacional público, podendo ser apreciados por jurisdições internacionais ou “quáasi-internacionais”<sup>86</sup> [que não será objeto do nosso estudo]. No segundo caso, tem vindo a admitir-se que os contratos poderão ser conformados e regimentados segundo o direito transnacional, mais conhecido como a Nova *Lex mercatória*.<sup>87</sup> Direito autónomo, direito paralelo ao direito estadual ou supra estadual. Movimentando-se numa dimensão transnacional<sup>88</sup> onde os operadores comerciais agem com uma grande margem de liberdade admitida pelos principais ordenamentos nacionais, pela ordem jurídica da União europeia e pela ordem jurídica internacional.<sup>89</sup> Uma realidade empolada pelo crescente recurso aos usos e costumes do comércio transnacional e à arbitragem transnacional.<sup>90</sup>

---

<sup>85</sup> Ao que Kegel denominou “crise dos conflitos de leis”. KEGEL, G. – **The crisis of conflict of laws**, in RCADI, t. 112, 1964-II, pp. 91 e ss.

<sup>86</sup> Nestas últimas os elementos subjectivos das relações materiais controvertidas são particulares.

<sup>87</sup> LIMA PINHEIRO, *ob. cit.* pp. 50 e 51

<sup>88</sup> O espaço transnacional trata-se de um espaço globalizado. CAPELLA, J. R. – **Fruta prohibida: Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado**. Madrid: Trotta, pp. 260 e ss.

<sup>89</sup> No nosso entendimento, fórmulas de *heterointegração* negativa.

<sup>90</sup> Neste sentido. LIMA PINHEIRO, - **Direito Comercial Internacional**, p. 52

Segundo Fernández Rozas: “El desenvolvimiento de esta nueva *Lex mercatoria* de proyección universal constituye uno de los aspectos estructurales más importantes en las mutaciones que experimenta el Derecho privado de la Economía<sup>91</sup>, como vía de superar las insuficiencias del ‘método clínico’ de los conflictos de leyes y de los modestos resultados alcanzados por el ‘método preventivo’ de la elaboración de un Derecho mercantil uniforme, tiene base consuetudinaria y su aplicación se apoya en el frecuente recurso al arbitraje” Pelo que, se apresenta como um Direito espontâneo, um ordenamento autónomo, criado pelos principais operadores de mercado no sentido de afastar a aplicabilidade do direito dos Estados, agarrados aos padrões conceptuais materiais, pouco flexível, pouco recetivo ao tráfico jurídico transnacional, através do alargamento do conceito da autonomia da vontade e autorregulação dos seus sectores de atividade.<sup>92</sup>

A título de exemplo, fazemos referência aos contratos celebrados entre esferas de interesses que afastem a aplicação de normas de direito nacionais ao seu contrato. Ou, mesmo, aos contratos que, ainda, que tendo contato com várias ordens jurídicas, nenhuma delas prevalece, não justificando a aplicação, em exclusivo, de um qualquer direito material nacional. Em geral, os tribunais arbitrais admitem, nestes casos, a aplicação ao contrato de um direito anacional, transnacional, cujas regras, consideradas mais apropriadas a estes contratos.<sup>93</sup> Consideramos, imperioso, todavia, referir que se trata de uma ponderação levada a cabo tendo em consideração as circunstâncias do caso que o árbitro tem em mãos.

## 2. Da Atipicidade interna à tipicidade internacional dos Contratos internacionais

O comércio transnacional é muito rico no que toca à diversidade de figuras contratuais comerciais. Que para ascenderem a tipos contratuais transnacionais deverão apresentar, para o tráfico jurídico transnacional, duas características fundamentais: desempenhar uma função económica e apresentar uma expressão ou individualidade jurídicas, quanto aos caracteres fundamentais da substância do negócio.<sup>94</sup>

---

<sup>91</sup> Demuestra, inequívocamente, a imediata tradução jurídica dos efeitos da *mundialização* económica.

<sup>92</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. – *Ius mercatorum, Autoregulación y unificación del derecho de los negocios transnacionales*, Madrid: Colegios Notariales de España 2003, p. 79.

<sup>93</sup> Ver Comentário ao Preâmbulo dos Princípios da UNIDROIT 2.ª Edição [n.º 4 c]

<sup>94</sup> Ver PAIS DE VASCONCELOS, Pedro, - *Contratos Atípicos*. Coimbra, 1995, p. 61.

Vários são os tipos contratuais existentes no espaço transnacional: desde típicos (como a compra e venda<sup>95</sup> e a agência [no plano dos direito nacionais]), verdadeiramente atípicos e inominados, reconduzíveis a tipos sociais ou não<sup>96</sup>.

Nos últimos tempos, têm revelado uma elevada expressão no tráfico comercial transnacional, atendendo tanto à envergadura dos investimentos, como ao volume de contratos comerciais realizados, os contratos comerciais transnacionais designados como *tipos sociais*. Refiro-me, a título de exemplo, ao contrato de *global engineering* em todas as suas dimensões.<sup>97 98</sup> Trata-se de um contrato atípico face aos ordenamentos jurídicos nacionais, sem regulamentação jurídica específica e, por decorrência, inominado, sem “*nomem iuris*”.<sup>99</sup>

Outro exemplo de contratos com expressão no tráfico negocial, mas, sem um regime específico, pelo menos, no nosso ordenamento jurídico, é o de concessão comercial, ao qual se aplica, em tudo o que for de acordo com a sua natureza jurídica, o disposto para o contrato de agência (entre nós, o decreto-lei nº 176/86, de 3 de Julho, com as alterações introduzida pelo Decreto-lei nº 118/93, de 13 de Abril, pela necessidade de transpor, para o ordenamento jurídico nacional, a Diretiva do Conselho da Comunidade Europeia nº 86/653/CEE, de 18 de Dezembro de 1986).<sup>100</sup>

A liberdade negocial de que dispõem os operadores do mercado transnacional (empresas multinacionais e transnacionais) possibilita-lhes usar a sua criatividade e fazerem surgir novos instrumentos contratuais - através da prática reiterada de certa atividade no seio do comércio transnacional (costume contratual) - mais adequados à

---

<sup>95</sup> Tipicidade interna nos principais sistemas jurídicos estaduais e tipicidade internacional (ex.: Convenção de Viena de 1980 e Roma I)

<sup>96</sup> Segundo Lima Pinheiro, contrato de *joint venture* escapa a qualquer forma de tipificação social. LIMA PINHEIRO, *ob. cit.* p. 37.

<sup>97</sup> ALPA, G. —**Il contratto d'engineering**, Giustizia civile: 1983, Pág. 186.

<sup>98</sup> Um Contrato muito conhecido no comércio internacional. CALVO CARAVACA, A.L. — CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. E OUTROS, - **Derecho internacional privado**, Vol.II, Granada: Comares, 2000, pág. 394

<sup>99</sup> Ver MENEZES CORDEIRO. - **Direito das Obrigações**, A. A. F. D. L., Lisboa, 1986 (reimpressão) e Pessoa Jorge - **Direito das Obrigações**: A.A.F.D.L., Lisboa, 1974, Págs. 174 e ss.; em sentido contrário, no entanto, cfr. Inocêncio Galvão Telles, **Manual dos Contratos em Geral**. 3.ª edição: Petrony, Lisboa, 1965, Pág. 382, e **Direito das obrigações**. 6.ª Edição: Almedina, , 1989, Pág. 68

<sup>100</sup> Também designados como “tipos do tráfico negocial”. Ver PAIS DE VASCONCELOS, *ob. cit.* pp. 59 e ss. e LIMA PINHEIRO, **Contratos de Empreendimento Comum (Join Venture) em Direito Internacional Privado**, Lisboa: Almedina., 1998, p. 72 e ss, e as referências.

dinâmica negocial do sector de atividade respetivo. A par dos operadores de mercado os consultores de associações internacionais das diversas atividades empresariais.

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

Assim surgem os contratos atípicos, que no plano do comércio transnacional nada têm de atípico. Terminando com uma frase que a nosso ver sintetiza, por um lado, a suficiência da disciplina, refiro-nos à completude regulativa, isto é, a salvaguarda da segurança, da previsibilidade das expectativas das esferas de interesses, e por outro lado, a confiança dos contratantes nessa mesma disciplina. “En la escena actual del derecho, nada es más uniforme internacionalmente que el contrato atípico.”<sup>101</sup>

Não querendo ser exaustivos no que tange a esta temática, iremos, elencar alguns dos instrumentos negociais (apondo referências elementares de apoio à investigação), mais utilizados no comércio jurídico transnacional, eles são:

- 1- Contrato de compra e venda transnacional;<sup>102</sup>
- 2- Contrato de transporte transnacional;<sup>103</sup>

---

<sup>101</sup>GALGANO, F., - **La globalizzazione nello specchio del diritto**, Bologna, Il Mulino. 2005. Tradução espanhola por Roitman, H. y De La Colina, M<sup>a</sup>.: - **La globalización en el espejo del Derecho**, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni. 2005. p. 106. E ainda, “**Con la recepción jurisprudencial de los contratos atípicos internacionalmente uniformes se logra paulatinamente la uniformidad internacional del Derecho privado**”, p. 109

<sup>102</sup>BENTO SOARES, Maria Ângela/ MOURA RAMOS, Rui Manuel, - **Contratos internacionais, compra e venda, cláusulas penais, arbitragem**, Coimbra: Almedina, 1986.; BIANCA, C./BONELL, M. (org.) – **Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention**, Milão, 1987; AUDIT, Bernard, - **La vente internationale de marchandises. Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980**. Paris, 1990; BORTOLOTTI, Fabio, - **Manuale di Diritto commerciale internazionale**, Vol. I – Diritto dei contratti internazionali, 2.<sup>a</sup> edição, Milão, 2001. pp. 572-603; DALHUISEN, Jan, - **Dalhuisen on International Commercial, Financial and Trade Law**, 2.<sup>a</sup> Edição, Oxford and Portland (Oregon), 2004.

pp. 330-390; FRIGNANI, A. – **Il contrato internazional, Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia diretto da Francesco Galgano**, vol. XII, Padova, 1990. pp. 259-340; HONNOLD, John, - **Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention**, 2.<sup>a</sup> edição, Deventer e Boston, 1991; LIMA PINHEIRO, Luís de, - **A Venda com Reserva da Propriedade em Direito Internacional Privado**, MacGraw-Hill, Lisboa, et. al., 1991.

<sup>103</sup>KOLLER, Ingo, - **Transportrecht**, 5.<sup>a</sup> edição, Munique, 2004; GALGANO, F. / MARRELLA, F., - **Diritto del commercio internazionale**, Milão, 2004, pp. 323-347; LIMA PINHEIRO, Luís de **Contributo para a Reforma do Direito Comercial Marítimo**. ROA 60: 1057-1210, 2000; MENEZES CORDEIRO, - **Manual de Direito Comercial**. Vol. I, Coimbra. 2001. pp. 527-542; MERCADAL, Barthélemy, - **Droit des transports terrestres et aériens**. Paris, 1996. PRUSSMANN, Heinz / RABE, Dieter, - **Seehandelsrecht**. 4.<sup>a</sup> edição, Munique, 2000; RAPOSO, Mário, - **Estudos sobre o Novo Direito Marítimo**. Coimbra, 1999; RODIÈRE, René / DU PONTAVICE, Emmanuel, - **Droit maritime**, 12.<sup>a</sup>

- 3- Contrato de empreitada e subempreitada;<sup>104</sup>
- 4- Contrato de *global engineering*;<sup>105</sup>
- 5- Contratos de distribuição (agência, concessão comercial, franquia de distribuição);<sup>106 107</sup>
- 6- Contratos de transferência de tecnologia;<sup>108</sup>
- 7- Contratos de Financiamento;<sup>109</sup>
- 8- Contratos de empreendimento comum;<sup>110</sup>

---

edição, Paris, 1996; SCHMIDT, Karsten, - **Handelsrecht**, 5.<sup>a</sup> edição, Colónia et al., 1999. pp. 911 e ss. TETLEY, William, - **Maritime Transportation**, in IECL vol. XII, Cap. , 2001.

<sup>104</sup>ROMANO MARTINEZ , Pedro, - **Direito das Obrigações (Parte Especial). Contratos**, 2.<sup>a</sup> Edição, Coimbra. 2001, pp. 311-504; BORTOLOTTI, Fabio, - **Manuale di diritto commercial internazionale**, ob. cit. pp. 606-617; DRAETTA, Ugo (Org.) – **Il contratto internazionale d'appalto**, Milão. 1992 ; GLAVINIS, Panayotis, - **Les litiges relatifs aux contrats passés entre organisations internationales et personnes privées**, Paris.1993 ; GALGANO, F. / MARRELLA, F., - **Diritto del commercio internazionale**, ob. cit. pp.433-461.

<sup>105</sup> BORTOLOTTI, ob cit. pp. 618 e ss.; MARTINEK, Michael, - **Moderne Vertragstypen**, Vol. III – **Computervertrage, Kreditkartenvertragen sowie sonstige moderne Vertragstypen**, Munique,1993. pp. 241 e ss.; ALPA, G. —**Il contratto d'engineering**”, Giustizia civile, 1983 ; CAVALLO BORGIA R. - **Il Contrato di Engineering**, :Padova, Cedam, 1992.

<sup>106</sup> Uma categoria jurídica. Ver PINTO MONTEIRO, António, - **Contrato de Agência**. Anotação, 5.<sup>a</sup> edição, Coimbra, 2004, pp. 72 e ss. e as referências do autor.

Sobre os contratos de distribuição. CANARIS, Claus-Wilhelm, - **Handelsrecht: Ein Studienbuch**, 23.<sup>a</sup> Edição, Munique, 2000 , 317 e ss.; BALDI, Roberto, - **Il contratto di agenzia. La concessione di vendita. Il franchising**, 7.<sup>a</sup> edição, Milão, 2001. GALGANO, Francesco, - **Diritto commerciale. L'imprenditore**, 4.<sup>a</sup> edição, Bolonha, 1991. pp. 183 e ss; GALGANO, Francesco/ MARRELLA, Fabrizio, - **Diritto del commercio internazionale**, ob. cit., 311 e ss; GUYON, Yves, - **Droit des affaires**, t. 1, 11.<sup>a</sup> edição, Paris, 2001. pp. 868 e ss. e 879 e ss; HELENA BRITO, Maria, - **O Contrato de Concessão Comercial**. Coimbra, 1990, pp. 16 e ss.; MENEZES CORDEIRO, António de, - **Do contrato de franquia (franchising) – Autonomia privada versus tipicidade negocial**, ROA 48:63-64, 1988.; Manual de Direito Comercial, Vol. I, Coimbra, 2001. pp. 490 e ss. ; OLIVEIRA ASCENÇÃO, José de, - **Direito Comercial**, vol. I – **Institutos Gerais** (1998/1999), pp. 267 e ss; Vol.II – **Direito Industrial**, Lisboa. 1988, pp. 303 e ss; PINTO MONTEIRO, António, - **Direito Comercial. Contratos de Distribuição Comercial (Relatório)**, Coimbra, 2002; PINTO MONTEIRO, António,- **Contrato de Agência. Anotação**, 5.<sup>a</sup> edição, Coimbra, 2004.

LIMA PINHEIRO, **Contratos de Empreendimento Comum (Join Venture) em Direito Internacional Privado**, Lisboa: Almedina., 1998, pp. 174 e ss.; SCHMIDT [1999: 719 e ss.];

<sup>107</sup> Da franquia em geral – PORTO, Paulo Lopes, MARIA, Santiago Barbadillo de - **Franchising Passo a Passo**, Porto: Edições IPAM, 2003; RIBEIRO, Ana Paula- **O contrato de franquia (franchising) No direito interno e internacional**, Lisboa: Tempus Editores, 1994. RIBEIRO, M<sup>a</sup> de Fátima -**O contrato de franquia – franchising– Noção, natureza jurídica e aspectos fundamentais do regime**, Coimbra: Livraria Almedina, 2001.– VASCONCELOS, L. Miguel Pestana de -**O contrato de franquia (franchising)**,

Coimbra: Livraria Almedina, 2000.

<sup>108</sup>AUGUST , Ray, - **International Business Law. Text, Cases, and Readings**, 4.<sup>a</sup> edição, Upper Saddle River, New Jersey.2004. pp. 507-531; BORTOLOTTI, Fabio, - **Manuale di Diritto commercial internazionale**, ob. Cit. pp. 635 e ss.; FIGUEIREDO DIAS, Gabriela, - **A Assistência Técnica nos Contratos de Know-How**. Coimbra. Dicey and Morris on the Conflict of Laws, 1995.GALGANO/ MARRELLA, ob. Cit. pp. 477 e ss..

<sup>109</sup> AUGUST [649-693]; CALVO CARAVACA, Alfonso-Luís, /FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luís (org.), - **Contratos Internacionales**, Madrid:1997. Pp. 863-1185; DALHUISEN, Jan, - **Dalhuisen on International Commercial, Financial and Trade Law**, 2.<sup>a</sup> Edição, Oxford and Portland (Oregon), 2004.

pp. 456-477, 583-606 e 857-906; GALGANO/ MARRELLA, ob cit. pp. 350-411; MENEZES CORDEIRO, ob cit. pp. 525 e ss.;

### **Capítulo III- Da Nova *Lex Mercatória* aos Princípios Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais (UNIDROIT). Principles of European Contract Law (PECL) . Dos Primórdios à Contemporaneidade**

#### **1. Enquadramento histórico.**

A história apresenta como missão “*problematizar o pressuposto implícito e acrítico das disciplinas dogmáticas*”. Sublinha “que o direito existe sempre «em sociedade» (situado, localizado) e que, seja qual for o modelo usado para descrever as suas relações com os contextos (sociais, políticos, económicos, etc.), as soluções jurídicas são sempre contingentes em relação a um dado envolvimento (ou ambiente)”.<sup>111</sup>

Elevando, estas considerações ao problema em discussão, concluímos que para assimilarmos o verdadeiro entendimento sobre a natureza jurídica destas realidades é *mister* promover-se a um breve enquadramento histórico, compreendendo, desta forma, a sua fonte concreta, os agentes responsáveis e o seu *modus operandi* face à evolução dos tempos.

**Daremos conta, primeiramente, dos mais importantes marcos históricos para o surgimento daquilo a que chamamos hoje a Nova *Lex mercatória*.**

A atualidade, por efeito da globalização, trouxe consigo outros atores para o panorama do comércio transnacional, que a par dos Estados constituem os novos pilares do vigoroso mercado transnacional. Entre eles, os já anteriormente mencionados, operadores de mercado, *law firms*, entes privados que surgem como partes de acordos comerciais transnacionais, onde os Estados surgem como contrapartes.

---

<sup>110</sup> LIMA PINHEIRO, ob. cit. 1998; BAPTISTA, Luiz /DURAND-BARTHEZ, Pascal, - **Les associations d’entreprises (Joint Ventures) dans le commerce international**, 2.<sup>a</sup> edição Paris.,1991. CARBONE, Sergio/ D’ANGELO, Andrea, - **Cooperazione tra imprese e appalto internazionali (Joint-ventures e Consortium Agreements)**, Milão,1991; GÖTHEL, Stephan, - **Joint Ventures im internationalen Privatrecht. Ein vergleich der Recht Deutschlands und der USA**, Heidelberg, 1999.; HUBER, Lucius, - **Das Joint-Venture im internationalen Privatrecht**, Basileia e Francoforte-sobre-o-Meno,1992.

<sup>111</sup> HESPANHA, António Manuel, - **Cultura Jurídica Europeia, Síntese de um milénio**, 3.<sup>a</sup> ed. Publicações Europa-América, 2003. p. 15. A história pode traduzir um contributo “para legitimar o direito estabelecido.” *In Ibidem* .pp. 16-24

Este paralelo possibilitou a criação no mercado internacional, de uma nova dimensão, um novo espaço, denominado(a) de transnacional, em virtude do afastamento dos Estados de certas e determinadas atividades. Permitindo, desta feita, a criação e o desenvolvimento, por estes entes, de regras e princípios disciplinadores do comércio transnacional [aptos e eficazes para regular as trocas, mas também os conflitos que daí emergiam], sedimentadas ou conformadas, ao longo dos tempos, que emergem das atividades, das práticas reiteradas, entre os vários agentes constitutivos da sociedade transnacional [constituída pelos diversos atores dos sectores de atividade mercantil, como por exemplo os têxteis, as cerâmicas (...)] dos comerciantes (*lex mercatória*).<sup>112</sup>

113 114 115

Os seus primórdios remontam à Antiguidade<sup>116</sup>, em que comércio se encontrava intrinsecamente ligado ao mar e ao direito marítimo. As principais nações<sup>117</sup> tinham como ponto de encontro os grandes mercados, feiras e caravanas, onde realizavam as suas atividades, sobretudo, de cariz comercial e desta forma faziam movimentar as riquezas nas diversas economias planetárias.<sup>118</sup>

A propósito, recordando a *Lex Rodhia* – Lei do Mar de Rodes (300 a.C.)<sup>119 120</sup> adotada pelos gregos e pelos troianos, e posteriormente pelo resto da Europa.<sup>121</sup> Só, mais tarde o

---

<sup>112</sup> Com vasta obra MAGALHÃES, J. C. - *Lex Mercatoria - Evolução e Posição Actual*, São Paulo: Revista dos Tribunais (São Paulo), v. 709, 1994, p. 42,

<sup>113</sup> Trata-se de uma disciplina que nasce de acordo com uma vontade específica de que se traduza em normas de carácter vinculativo.

<sup>114</sup> Segundo Ph. Khan, **o comércio transnacional cria as suas regras, que, ao longo dos tempos, vão sendo positivadas. Tratam-se de regras disciplinadoras do comportamento dos operadores mercantis no comércio transnacional, tendo como fonte maioritariamente: os usos comerciais, invocados, também, pelos juízes árbitros nas suas decisões arbitrais.** In KHAN, Ph. - *Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international*, JDI, 1989, p. 305.

<sup>115</sup> Com alguma importância temos as corporações de ofício que, certamente, teriam interesses próprios de atividade que procurariam salvaguardar.

<sup>116</sup> De 4000 a.C. a 3500 a.C. Conforme - POMIAN. K. - **Periodização**, Lisboa: *Enciclopédia Einaudi*, vol. 29, 1993, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, pp. 164-213.

<sup>117</sup> Civilizações romana, helénica, árabe, egípcia, fenícia (...).

<sup>118</sup> Vários autores apontam as origens da *lex mercatória* para os tempos do Antigo Egipto, ou da Grécia e nos tempos do comércio marítimo dos fenícios. Ver. ROMANO, E. R. – *General principles of English mercantile law: elementi di diritto commerciale inglese*. 2.<sup>a</sup> ed. Torino: Giappichelli editore, 1960, p. 22.

<sup>119</sup> Constituída por costumes marítimos, convenções, códigos e práticas comerciais realizadas, entre outras nações, nos EUA, Canadá, RU. Nesse sentido. TETLEY, William. **The lex marítima**. In CARBONNEAU, Thomas E. - **Lex mercatória and arbitration: a discuss of the new law merchant**, rev. ed., Juris Publishing, 1998. p. 43. Em sentido contrário, Ly, considera que estas normas seriam *ius gentium*, um verdadeiro ramo do Direito Romano. LY, Filip. – *International business law and lex mercatória*, North-Holland, London, 1992. p. 9-15

<sup>120</sup> Strenger, recorda *Lex Rodhia de jactu* dos fenícios e o *nauticum foenus* dos romanos, para afirmar que os princípios fundamentais que tiveram na base do direito comercial, deveram a seu surgimento aos

*ius Mercatorum* (séc. XIV)<sup>122</sup>, podemos entender como alguns dos indícios sobre o nascimento da *Lex Mercatória*.<sup>123</sup>

Na Grécia do Séc. V a. C., Atenas torna-se um polo para o comércio internacional marítimo, pelos seguintes fatores: o aumento das necessidades económicas com o crescimento das cidades; o facto de atravessar um especial período de paz convencionado, que, implicou, por esse meio, a existência de relações pacíficas; devido a todos os fatores de unidade entre o povo Helénico. Que, tal como os Orientais, nas suas relações, recorriam aos seguintes instrumentos: “[a]o *tratado* e [à] *diplomacia*.”<sup>124125</sup>

A civilização grega, com *Alexandre Magno*, vislumbrou um aglomerado de conquistas que permitiram estender o comércio além mediterrâneo (da Índia ao Egipto). O governo, no sentido de aumentar as receitas incentivava o comércio e a indústria da época. Traduzindo mais um valioso contributo ao desenvolvimento da *Lex Mercatória*.

Outro marco importante, fora instituído em Roma, com a implantação do *ius gentium*, ou direito das gentes que regulavam as relações de carácter económico entre os estrangeiros e cidadãos romanos (dispunha de normas que asseguravam certos direitos

---

juristas italianos (XVI e XVII), surgindo, assim a *Lex mercatória*. In STRENGER, Irineu. - **Direito internacional privado**. 5. ed. São Paulo: LTR, 2003. p. 826, n.º27.1

<sup>121</sup>BERMAN, H. J.; KAUFMAN, C. - **The law of international commercial transactions**, p. 221-224. In: Harvard International Law Journal, 1978.

<sup>122</sup> Criado pelas sociedade marítimas e outros grupos de interesse comercial fundamentalmente no norte de Itália. Ver o Estatuto Calimalae de Florença (1302), dos Estatutos de Bréscia (1313), Lei Genovesas (1403-1407), que se baseavam no princípio da equidade – ex *aequo et bono*. Mas, também, nos países baixos, e nos tribunais ingleses, franceses e alemães onde os juízes escolhidos eram os mercadores experientes.

<sup>123</sup> HUCK, Hermes Marcelo, - **Sentença estrangeira e *lex mercatoria*: horizontes e fronteiras do comércio internacional**. São Paulo: Saraiva, p.104

<sup>124</sup> DINH, Nguten Quoc / PATRICK, Daillier/ ALAIN Pellet, - **Direito Internacional Público**, 2.ª ed, Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, pp. 46-47.

<sup>125</sup> A arbitragem internacional é uma criação dos Gregos.“ Num período de cinco séculos, até ao século IV a. C., contaram-se 110 arbitragens. Pratica-se igualmente a arbitragem comercial, na sequência do desenvolvimento do comércio internacional. Esta, por outro lado, leva ao estabelecimento de regras tendentes a assegurar a protecção dos estrangeiros. No século V a. C., convenções comerciais, a maior parte das vezes bilaterais, concedem direitos e privilégios recíprocos aos comerciantes e protegem pessoas e bens. A instituição mais célebre é a *proxénia*, antepassada da protecção consular actual.” In *Ibidem* p. 47

aos estrangeiros no Império).<sup>126</sup> Potenciando, naturalmente, as relações comerciais, fortalecendo o comércio transnacional.<sup>127</sup>

Consideramos o período mais marcante para o desenvolvimento da *lex mercatória*, o período Medieval (séc. V d.C. ao séc. XV d.C.),<sup>128</sup> que caracteriza-se por um particular aumento da autonomia dos mercadores, em particular, das regras emanadas pelas suas corporações e um intenso labor das feiras nas cidades-mercado.<sup>129 130 131 132 133 134</sup>

---

<sup>126</sup>Ver. BERGER, K. P. – **The creeping codification of the *lex mercatória***. The Hague: London: Boston: Kluwer law international, 1999, 1 e 2. Sobre a importância do *ius gentium* de Roma para a *Lex mercatória* Ver GOLDMAN, B. – Forum Internationale, vol. 3, 1983, p. 3, e, também, BOYD, C. E. – Public Libraries and Literacy culture in ancient Rome. Chicago: Illinois: the University of Chicago Press, 1959.

<sup>127</sup>In *Ibidem*, p. 48.

<sup>128</sup> KEYNES, J. M. – A teoria geral do emprego, do juro e da moeda, Tradução de Mário R. da Cruz. São Paulo: Atlas, 1922. p. 265 e ss. Também, HARGAIN, D. / MIHALI, G. – **Circulación de bienes en el Mercosur**. Buenos Aires: Montevideo: Editorial B de F, 1998. p. 1 e 2. Esses autores destacam a importância das grandes feiras nas cidades-mercado de Milão, Lyon, Antuérpia, para o desenvolvimento do comércio no período Medieval. Ver também, LE GOFF, J.; SCHMITT, J. – C. - **Dicionário temático do ocidente medieval**. Vol. I. Bauru: EDUSC; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2002. Coordenação: Hilário Franco Júnior. da Idade Média, Vol. I, p. 437-455. No mesmo sentido, LOYN, H. R. (org). **Dicionário da Idade Média**. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1997. Tradução de Álvaro Cabral com revisão técnica de Hilário Franco Júnior.

<sup>129</sup>In *Ibidem*

<sup>130</sup> O *ius mercatorum*, surge, como um direito criado directamente pela classe mercantil; nasce em nome de uma classe; impostos ao clero, nobreza, militares e estrangeiros. Para a sua aplicação bastava a existência de uma relação com um comerciante. GALGANO, Francesco. – **História do direito comercial**. Tradução de João Espírito Santo. Lisboa: Editores, 1990. P. 39.

<sup>131</sup> Durante a Idade Média vislumbra-se o aumento da utilização da *lex mercatória*, demonstrada pela Jurisprudência da Liga Hanseática, dos tribunais do mar de Veneza, República do Adriático, no mediterrâneo, os antigos portos de Génova e Barcelona (concorrente de Veneza). No que tange aos ingleses, durante vários séculos regimentaram as suas relações comerciais internacionais (o transporte dos produtos era feito por mar e o desembarque nos portos de todo o mundo) segundo a *Law Merchant*. Ver GALGANO, Francesco; MARRELLA, Fabrizio. – **Interpretación del contrato y *lex mercatória***. Revista de Derecho Comparado, n.º 3, p. 7 ss., feb. 2001, principalmente, p. 20. Ver, também, BERGER, Klaus Peter. - **The creeping codification of the *lex mercatória***. Kluwer Law International, 1999.

<sup>132</sup> A *Lex mercatória* surge na Baixa Idade Média [Séc. XI – XV], **sob o motor do comércio de longa distancia entre as cidades da europa, que ganhara novos contornos pelo seu desenvolvimento, fundamentalmente, a partir, da consolidação das feiras comerciais, que tornam-se polos de atração de compradores estrangeiros, com especial relevo, as feiras das cidades italianas** (Florença, Veneza, Pisa e Génova), da Flandres (Gentz, Liège e Bruges) e do Mar Báltico (Hamburgo e Novgorod). Os mercadores unem-se reivindicando uma disciplina autónoma mais adequada às exigências do tráfico mercantil - que revelara um crescente afluxo- cujas práticas são conhecidas pelos diversos operadores do mercado. Surgindo, assim, um corpo disciplinador, fundamentalmente, costumeiro, autónomo com relação ao poder feudal, cujas restrições (costumes e tradições feudais) eram incompatíveis com a dinâmica comercial de muitas das regiões europeias. Naqueles polos comerciais, também, se realizavam operações de carácter financeiro: o câmbio, liquidação de Dívidas e crédito. **Torna-se prática mercantil o uso das letras de câmbio, a par de outros instrumentos financeiros. Surgira, desta feita, um novo corpo normativo, que terá constituído a base, essencial, da lei regimentadora dos contratos, das vendas em leilão** (...) Ver. SHERMAN, J. e HUNT, E. – História do Pensamento económico. Petrópolis: Vozes, 1988, p. 27.

<sup>133</sup> Segundo Catarina Serra, «o Direito Comercial, enquanto ramo jurídico autónomo, surge na Idade Média. Para a circunstância contribuiu o desenvolvimento das actividades mercantis – o desenvolvimento e a expansão comerciais de algumas cidades italianas e flamengas (cidades – mercado) e a realização, cada vez mais frequente e dinâmica, de mercados e feiras.» Nesta fase o

A queda do império romano do ocidente (476 d.C.)<sup>135</sup> trouxe consigo a decadência do comércio internacional, que em consequência das invasões bárbaras (século V), esteve restrito às transações entre os habitantes locais.<sup>136 137</sup> Nestes tempos a Europa estava em rutura, desunida, faltando-lhe uma ordem política capaz de promover a paz, a estabilidade e a justiça.<sup>138</sup> Deste quadro político emergem as corporações de classe, entre elas as de mercadores, no sentido de prestar a devida tutela e assistência que os comerciantes tanto reclamavam. As corporações constituíam uma espécie de ordem institucional com poder legislativo e judiciário. O *modus* de participação dessas corporações nos conselhos da Comuna assemelhavam-se ao sistema parlamentar representativo, através dos seus representantes e oficiais. Tratavam dos assuntos relativos à guerra e à manutenção da paz, represálias, criavam as próprias leis e estatutos dirimiam os litígios sob a própria jurisdição (gérmen do *ius mercatorum*).<sup>139</sup> Tinham património, resultado das contribuições dos associados, taxas extraordinárias e portagens. Os elementos do judiciário eram *cônsules mercatorum* eleitos pela sua assembleia, detinham atribuições de diversas naturezas: política (como defender a honra e dignidade das suas corporações, auxiliar na manutenção da paz [...]); executiva (administrar o património, observar e fazer cumprir os estatutos, as leis, usos e costumes mercantis, [...]); judiciais dirimindo os litígios comerciais. Quanto a esta última atribuição, na verdade, levavam-na a cabo com elevada celeridade e sem grandes burocracias, indo de encontro às necessidades e expectativas dos comerciantes

---

**Direito Comercial, porque associado à classe dos mercadores e dos feirantes, apresenta «um carácter *profissional e corporativo (ius mercatorum)* (...)» e uma natureza consuetudinária «manifestando-se, fundamentalmente, em “usos mercantis” –e internacional – devido à dimensão internacional do comércio medieval.»** Com a revolução francesa (em especial, com o *Code de Commerce* de 1807), o carácter *profissional e corporativo* do Direito Comercial, desaparece, deixando de ser o Direito dos comerciantes (numa conceção subjetivista), passando a Direito dos atos comerciais (numa aceção objetivista), independentemente da qualidade jurídica do sujeito [este entendimento estendeu-se aos outros ordenamentos]. Excecionando-se os regimes jurídicos: Direito alemão (*Handelsgesetzbuch* (HGB) DE 1897; Direito italiano (*Codice Civile* de 1942). SERRA, C. – **Direito comercial: Noções fundamentais**, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 10-11.

<sup>134</sup> A partir do século XI o comércio internacional sofre uma revitalização na Europa. Esse efeito muito deveu a acontecimentos históricos como as Cruzadas, a conquista da Sicília, Sardenha e Córsega, a criação da Liga Hanseática (...) que estimularam, sensivelmente, os contactos económicos e culturais.

<sup>135</sup> Início da Idade Média.

<sup>136</sup> LOUSSOUAM e BREDIN, - **Droit du commerce international**, Paris: Sirey, 1969, p. 102.

<sup>137</sup> DINH, Nguten Quoc / PATRICK, Daillier/ ALAIN Pellet, - **Direito Internacional Público**, 2.ª ed, Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, pp. 49

<sup>138</sup> A juntar uma economia ruralizada, um acentuado enfraquecimento comercial, um sistema produtivo feudal, numa sociedade hierarquizada, e finalmente, a supremacia da Igreja Católica.

<sup>139</sup> Ordenavam o exercício profissional, criavam e aplicavam regras deontológicas.

[valorizava-se a liberdade contratual e a decisão dos casos era segundo “*ex aequo et bono*”<sup>140</sup>].<sup>141</sup>

Da decisão em causa, pela complexidade e gravidade, poderia haver recurso para outros comerciantes matriculados na corporação. Os sorteados da distribuição intitulavam-se *sobrecônsules*.<sup>142</sup>

As feiras na Idade Média, tiveram um papel preponderante, não apenas em termos económicos (atendendo ao fluxos dos negócios), mas, como se compreenderá, cultural e politicamente (tendo em linha de conta as relações interpessoais, a troca de informações e de conhecimentos). Sob o aspeto económico, constituíam, sem dúvida: um polo gerador de riqueza, através da circulação das matérias-primas e produtos finais; um importante ponto de escoamento dos produtos; uma oportunidade de negócio para os banqueiros e cambistas. Um poderoso foco gerador de normativos próprios aplicáveis às relações comerciais transnacionais.

Por regra, os litígios que existiam entre os comerciantes tinham uma natureza simples, eram resolvidos por árbitros, escolhidos pelos cônsules, os mercadores mais antigos (do seu grupo ou nacionalidade),<sup>143</sup> <sup>144</sup>segundo a *Lex Mercatória*.<sup>145</sup> **Essa escolha era favorável à rápida aplicação dos *ius mercatorum*, pelo simples facto de serem os próprios mercadores os intérpretes e julgadores da corte.**

As mais antigas nações da Europa Ocidental conheceram o sistema feudal e ainda que circunvizinhas, não existia um corpo disciplinador de regras e princípios de direito

---

<sup>140</sup> AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Coord.). - **Direito do comércio internacional: aspectos fundamentais**. São Paulo: Aduaneiras, 2004, p. 59.

<sup>141</sup> *Sine strepto et figura iudice*.

<sup>142</sup> STRENGER, Irineu, - **Direito do comércio internacional e lex mercatória**, São Paulo: Ltr, 1996. p. 58-59

<sup>143</sup> Eleitos segundo critérios de experiência e de conhecimento. Ver BERMAN, H. J./ KAUFMAN, C. – **The law international commercial transactions**, p. 221-224. In: Harvard International Law Journal, 1978. BAXTER, I. – Internacional conflict of laws and international business. In: International Comparative Law Quarterly, 1985, p. 538-548.

<sup>144</sup> **As regras disciplinadoras do “jogo mercantil corporativo”, aparecem declaradas pelas *collegias* (Período Romano). Tendo sido criadas pelos *ius mercatorum* corporativo Medieval, e aperfeiçoadas *Hansa Teutónica* (liga composta pelas sociedades comerciais alemãs e lideradas por Hamburg, Bremen e Lübeck). Ver REQUIÃO, R. – **Curso de direito Comercial**, Vol. I, São Paulo: Saraiva, 1981. p. 9. Também, CHARTIER, R. – **Lectures et lecteurs dans la France d’ancien regime**. Paris : Editions du Seuil, 1982. **Negrito nosso**.**

<sup>145</sup> Nesta linha de raciocínio, apresenta carateres análogos ao direito pretoriano romano.

comercial comum entre elas que potenciava as trocas comerciais. Perante essa situação, os mercadores, à medida que se deslocavam entre as diversas regiões da Europa e do globo, foram, paulatinamente, abdicando das suas próprias regras, criando outras, sob a égide das quais concretizavam as suas transações comerciais internacionais.<sup>146</sup>

As regras feudais vigentes nos diversos países, não eram adequadas às exigências do comércio internacional (entre os mercadores de diferentes nações), que na época começava a mostrar sinais de crescimento, e faltava-lhes alguma coerência valorativa e aproximação nas diversas soluções apresentadas.<sup>147</sup>

Onde o feudalismo imperava o *ius mercatorum* surgiu em investida contra os direitos feudais e seus privilégios, considerados verdadeiros obstáculos ao comércio. Apresentou-se como que um ordenamento capaz de reger as relações mercantis por forma uniforme, através da aplicação obrigatória dos costumes constituídos no seio comercial e precedentes jurisprudenciais sobre os litígios transnacionais, criados pelas instituições judiciárias dos centros mercantis da Europa.<sup>148 149 150</sup>

Em especial na Inglaterra feudal,<sup>151</sup> as cidades onde decorriam as feiras, também, constituíam tribunais para dirimir eventuais litígios entre os comerciantes denominados “*pedes pulvorosi*” (atendendo aos viajantes). Esses tribunais tinham uma ampla competência (ressalvando os problemas relativos à terra). Tinham como presidente um comerciante da cidade, assistidos pelos mercadores. **Os litígios eram dirimidos, via de regra, em apenas, um dia.**<sup>152</sup>

---

<sup>146</sup> BEAWES, W. - **Lex mercatória rediviva or the merchant's directory: being a complete guide to all men in business.** 4.ª ed. S. l.: Gregg international, 1970.

<sup>147</sup> Na Idade Média e de certa forma ainda hoje. DAVID, R. - **Arbitration in International Trade,** Antwerp: s. ed., 1985. p. 17

<sup>148</sup> HUCK, Hermes Marcelo. - **Sentença estrangeira e “lex mercatoria”: horizontes e fronteiras do comércio internacional.** São Paulo: Saraiva, 1994, p. 104.

<sup>149</sup> Ver também, LE GOFF, Jacques, - **Mercadores e Banqueiros da Idade Média,** tradução de Orlando Cardoso, Lisboa: Gradiva, 1982, 95 p., *passim*; PIRENNE, Henri. - **Histoire Économique et Sociale de Moyen Age.** Paris: PUF, 1969.

<sup>150</sup> Ver nota n.º 120

<sup>151</sup> Espanha adotou uma forma de feudalismo no século XII, semelhante ao implantado no Sul de França, norte de Itália e nos territórios alemães. A Europa central e oriental também conheceram o sistema feudal.

<sup>152</sup> BARRIENTOS-PARRA, J. D. - **Princípios dos contratos internacionais,** Dissertação Mestrado, USP, São Paulo: 1989. P. 239

O direito aplicável às relações jurídicas comerciais controvertidas não era a *Common Law*, mas a *Lex mercatória*, considerada como o costume dos mercadores, o direito dos contratos comerciais (*ius mercatorum*), de aplicação alheia à lei do lugar e da nacionalidade das esferas de interesse, que se encontravam, em termos processuais, ao mesmo nível.<sup>153</sup>

Em geral, o surgimento e desenvolvimento do *ius mercatorum* acompanhou o crescimento do comércio, e, paralelamente, o desenvolvimento económico e urbano, na Europa do século XIV. Emergindo, assim, por forma espontânea, sem a intervenção legislativa do Estado. Caracterizando-se, pelo seu conjunto de regras mercantis consuetudinárias, que emergem da prática mercantil e do labor institucional das respetivas corporações ou cortes estabelecidas, essencialmente, nas feiras e nos grandes mercados.<sup>154 155 156</sup>

Trata-se, assim, de um corpo de regras e princípios desenvolvido pela comunidade internacional dos comerciantes e não por verdadeiros juristas.<sup>157</sup> O que se depreende do cariz, iminentemente, pragmático das regras e princípios retores das relações comerciais internacionais.

Os usos e costumes, porque de natureza prática tornavam o funcionamento do mercado mais fácil e, simultaneamente, mais seguro, tendo em consideração o grau de previsibilidade e, conseqüente, segurança jurídica. Os estrangeiros rapidamente assimilavam as práticas locais e transmitiam a outros operadores mercantis difundindo-

---

<sup>153</sup> No séc. XV, a opinião maioritária inclinava-se no sentido de que os mercadores não estavam vinculados às leis inglesas, mas à lei natural universal (que alguns entendiam ser a *lex mercatória*) segundo a qual deviam ser julgados. PERA, Sérgio le - **Common law y lex mercatória**, Buenos Aires: Astrea, 1988. P. 14.

<sup>154</sup> Ver texto e nota n.º 103.

<sup>155</sup> STRENGER, I. – **Autonomia da Vontade em direito internacional privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968

<sup>156</sup> Conceitos como a letra de câmbio, entre outros, são exemplos vivos de conceitos comerciais criados pelos mercadores. Ver SCHMITTHOFF, C. M. – *Commercial Law in a changing economic climate*. 2.<sup>a</sup> Ed.. London: S. ed., 1981, pp. 2 e 19. Também, BAXTER, I. - **International conflict of laws and international business**. In: *International Comparative Law Quarterly*, 1985, p. 538-548., BARBIERI, P. C. - **Manual de títulos circulatórios**, Buenos Aires: Editorial Universidade, 1994 p.p. 97 e ss

<sup>157</sup> ENGELBERG, Esther. - **Contratos Internacionais do Comércio**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 29

as. Os comerciantes chegavam, mesmo, a forçar a aplicação das regras consuetudinárias.

158

Importa salientar, um certo caráter coativo do *ius mercatorum*. Quando as regras mercantis não eram respeitadas os comerciantes - que dependiam, fortemente, do reconhecimento pessoal que tinham no mercado – *manchavam* a sua reputação o que poderia implicar, a exclusão dos negócios praticados num determinado setor de mercado.

Durante o período medieval várias leis – criadas pelos comerciantes e por entidades consulares – são reveladas na prática mercantil:<sup>159</sup> as *Leis de Rohdes*, os *Rôles d'Oléron*,<sup>160</sup> as *Leis de Wisby*<sup>161</sup> e o *Consolato del Mare*.<sup>162</sup> A par destas leis, outras se revelaram no âmbito dos diversos setores do mercado: banca, transportes (...)

Todo aquele corpo normativo constituído por usos, costumes, regras de conduta, a que denominamos, *ius mercatorum*, ainda que, pouco precisas, porque baseadas em práticas exercidas em diversos mercados do mundo, começam a obter uma aceitação generalizada.<sup>163</sup>

Após o fim da Idade Média, durante a crise dos sistemas feudais, vislumbrou-se, ainda, um crescente desenvolvimento do *ius mercatorum*, com reaparecimento das feiras na

---

<sup>158</sup>SCHAFFER, Richard; AUGUSTI, Filiberto; EARLE, Beverly.- **International Business Law and Its Environment**. 7th. ed. South-Western Cengage Learning, 2009, p. 18

<sup>159</sup> CAENEKEN, R. C. Von. – **Uma introdução histórica ao direito privado**. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, Tradução de Carlos Eduardo Lima Machado; Revisão de Eduardo Brandão. 1999, p. 28.

<sup>160</sup> Produzidos pela Corte de Oléron (Séc. XII). Ver ANDERSON, P. - **Passagens da Antiguidade ao feudalismo**, 3.º ed. São. Paulo: Brasiliense. Tradução de Beatriz Sidou. 1991. p. 187 e ss. Também, DOBB, M. H. – **A evolução do capitalismo**, São Paulo. Tradução de Manuel do Rego Braga, Abril, 1983, p. 124 e ss.

<sup>161</sup> Publicadas em 1350 e vigoraram no Mar Báltico. BERMAN, H. J.; KAUFMAN, C. - **The law of international commercial transactions**, p.224-225. In Harvard International Law Journal, 1978,. Ver também, LEITCH, M. – **O fascinante livro de navios**, 2.º. São Paulo: Siciliano, 1987, pp. 6 e ss. E LEE, L: LAMBERT, D. - **Transporte et civilisations**, London: Rathbone Books Limited, 1960, pp. 42 e ss.

<sup>162</sup> Uma coleção de costumes marítimos declarados na Corte Consular de Barcelona e aceite nos diversos polos mercantis do Mar Mediterrâneo. In *Ibidem*

<sup>163</sup> VON CAEMMERRER, E. – **The influence of the law of international trade on the development and character of the commercial law in the civil law countries**, p. 88. In: SCHMITTHOFF, C. M. (ed.) *The sources of the law of international trade*. London: s. ed., 1964. Ver, também, SCHMITTHOFF, C. M. – **Das neue Recht des Welthandels**. In : *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1964, p. 47-61

região do Mediterrâneo, sobretudo nas cidades italianas, espanholas e alemãs, difundindo-se por toda a Europa.<sup>164</sup>

Com o surgimento do Estado enquanto nação política com exclusividade territorial (e a doutrina absolutista),<sup>165 166</sup> a importância da *lex mercatória* decaiu a favor das legislações nacionais, que absorvem e codificam os costumes criados pelos comerciantes nos diversos sectores de atividade comercial.<sup>167</sup> Essa positivação teve como consequência a restrição da liberdade de estipulação das regras de atividade dos mercadores, visto toda essa disciplina se encontrar esgotada nas previsões normativas dos códigos dos Estados.  
168 169

Por efeito disto, sucede que a *Lex Mercatória* perdera o seu cariz uniformizador, visto que as motivações, ou fundamentos que servem de base a uma determinada codificação, varia consoante a política nacional, os *lobbies* nacionais e internacionais e, finalmente, a cultura jurídica de cada país.

O período da história da codificação, também permite reforçar algumas das semelhanças que a *lex mercatória* teria com os sistemas nacionais. Visto que, para a sua absorção necessário, seria, pelo menos, o carácter jurígeno das práticas e a compatibilidade com

---

<sup>164</sup> GULLO, Marcelly Fuzaro, - **A Organização Mundial do Comércio e a Jurisdicionalização do Comércio Internacional**. p. 9. Disponível em: <http://www.cedin.com.br/revistaeletronica/indice.htm> - <http://www.cedin.com.br/revistaeletronica/artigos/A%20ORGANIZA%C7%C3O%20MUNDIAL%20DO%20COM%C9RCIO%20E%20A%20JURISDICIONALIZA%C7%C3O%20Marcelly.pdf> Consultado em: 23-01-2012. Segundo o mesmo autor “ [u]ma das primeiras tentativas de que se tem registos históricos, acerca de uma organização de regulamentação para o comércio internacional, foi a criação da Liga Hanseática, na Alemanha, composta por comerciantes que estabeleciam regulamentos para as suas condutas e formas de proteção capazes de reconhecer seus direitos. Chegou a estabelecer suas leis comerciais em 85 cidades do norte da Europa. “ *In Ibidem*.

<sup>165</sup> Entre outros contributos, os tratados de Vestefália. MIRANDA, Jorge, - **Curso de Direito Internacional Público**, 3.ª edição, revista e actualizada. Estoril: Príncipe Editora, Lda., 2006, pp, 11 e ss.

<sup>166</sup> DINH, Nguten Quoc / PATRICK, Daillier/ ALAIN Pellet, - **Direito Internacional Público**, 2.ª ed, Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, pp. 52-61

<sup>167</sup> Entendia-se que as apenas as leis nacionais poderiam disciplinar as relações comerciais internacionais. Ver SCHMITTHOFF, C. M. – **International business law: a new law Merchant**. *In*: Curr. Law and Soc. Prob., 1961, p. 129-136.

<sup>168</sup> A propósito da codificação napoleónica, na **Idade Moderna**, época das codificações do direito privado, onde aparece o Estado enquanto regulador de todas as relações sociais, “o antigo particularismo jurídico apresenta-se de um modo diferente: o direito comercial é o direito dos códigos comerciais separados dos códigos civil, das jurisdições comerciais separadas das jurisdições cíveis” *in* GALGANO, Francesco. – **História do direito comercial**, Tradução de João Espírito Santo. Lisboa: Editores, 1990. pp. 11-12

<sup>169</sup> Na esteira de Catarina Serra, a propósito da evolução do Direito Comercial, “na **Idade Moderna**, o carácter autónomo do Direito Comercial começa a esbater-se, por força da centralização das fontes de Direito no Estado. As duas primeiras compilações gerais de Direito Comercial surgem durante o reinado de Luís XIV: as *Ordonnances* sobre comércio terrestre (1681). SERRA, C. – **Direito comercial: Noções fundamentais**, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 11. (Negrito nosso)

os diversos sistemas integradores. Para além disso, questionamos o porquê da sua absorção? Supomos que a eficiência das práticas no mundo dos negócios fosse um dos aspetos a ponderar.

A título de exemplo, a origem do nome “carta partida”, adviria da antiga prática de rasgar o contrato de fretamento – de cima par baixo – depois da sua celebração, ficando uma das esferas de interesse contratantes com metade. Já no porto de desembarque a prova da propriedade da carga fazia-se através da junção das duas metades do contrato.

170 171 172

A comunidade dos comerciantes, não se revia nas diferentes disciplinas comerciais nacionais, por considerarem que os Estados estavam a ir para além do seu foro de atuação e, conseqüentemente, por não apreenderem o desiderato fulcral do comércio jurídico internacional (a eficiência nas transações) e não acompanharem as suas constantes mutações, não respondiam adequadamente aos seus legítimos interesses.<sup>173</sup>

Ainda, assim, o comércio transnacional, pelo dinamismo da sua fonte, não perdera as suas características. Por outro lado, e segundo a maioria das doutrinas que serviam de base às Escolas Estatutárias, a autonomia da vontade das partes continuaria a ter elevada expressão nos contratos comerciais, permitindo-lhes recorrer à *Lex Mercatória*.<sup>174175</sup>

---

<sup>170</sup>Segundo PURRFARKEN. “Der Name stammt von der Urkunde und zugehörigem alten Handelsbrauch: carta partita – die Vertragsurkunde wurde zu Beweiszwecken zerteilt und jede Partei behielt eine Hälfte (si no é vero, é ben trovato)“. PUTTFARKEN, Hans-Jürgen. - **Seehandelsrecht**. Heidelberg: Recht und Wirtschaft, 1997. p. 131.

<sup>171</sup>O Direito marítimo é moldado, essencialmente, pelos costumes.

<sup>172</sup>Para Tetley, no âmbito do Direito privado a avaria geral, o salvamento, afretamento e seguro marítimo, constituem dos princípios mais antigos, elaborados como resposta às dificuldades do comércio marítimo. Terão sido difundidas pelos países de tradição anglo-saxónica ou romano-germanica. A necessidade de unificação provocou na Europa Medieval o surgimento da Lex mercatória transnacional, e como parte dela a *Lex marítima*. Sobre a história do Direito Marítimo e do “Almirantado”. In TETLEY, William. - **International Maritime and Admiralty Law**. Québec: Éditions Yvon Blais, 2002, p. 4.: p. 3-30.

<sup>173</sup>No mesmo sentido. BERMAN, H. J. ; KAUFMAN, C. – **The law of international commercial transactions**, p. 227-228. In: Harvard International Law Journal, 1978.

<sup>174</sup>A autonomia da vontade como elemento de conexão mais importante nos contratos internacionais - tanto que na ausência de escolha de lei os intérpretes / aplicadores do Direito recorriam à vontade hipotética das partes - encontrava acolhimento na maioria das posições dos diversos autores desde D’Argentre a Savigny. Ver FERRER CORREIA. – **Lições de Direito Internacional Privado**, Coimbra: Almedina, 2004, pp.103-138

<sup>175</sup>Devemos atentar às reflexões de Savigny sobre a relação existente entre a atividade do comércio e a autonomia da vontade, bem mais ampla que no direito civil. Aquela autonomia decorre do pluralismo de valores, umas das características mais marcantes da era pós-moderna. JAYME, Erik, - **Identité culturelle et intégration: le droit international prive postmoderne**. In : Cours général de droit international privé : recueil des cours de la Haye, t. 251, p. 256.

A partir do século XVII, em Inglaterra, a *Lex Mercatória* fora restringida a favor da aplicação da *common law*, especialmente sob o *Lord Chief of Justice Sir Edward Coke*, quando a Corte do Almirantado e outras cortes especializadas foram abolidas ou tiveram sua jurisdição limitada, passando os litígios comerciais a serem dirimidos segundo a *common law*, enquanto as regras dos mercadores, embora não oficialmente abolidas, foram consideradas como costumes e práticas comerciais a serem provados caso a caso, “*to the satisfaction of twelve reasonable and ignorant jurors.*”. No caso *Pillans v. Microp*, Lord Mansfield (1705 – 1793) terá decidido “que as regras da lei dos mercadores eram matéria jurídica a ser decididas pelos tribunais, não se tratando de usos e costumes, que se tornaram elas parte integrante da *common law*, havendo no século XIX sido incorporadas a vários dispositivos legais.”<sup>176</sup>

Já na segunda metade do século XIX, o direito comercial transnacional começa a tomar a forma que hoje o caracteriza.

Grande peso, certamente, tiveram “[a]s grandes revoluções do século XVIII, a americana e a Francesa, (...) que marcaram uma nova fase, que irá coincidir com o liberalismo burguês, com o nacionalismo romântico e com o apogeu do poderio europeu.”<sup>177 178</sup>

---

<sup>176</sup>Ver TAVOLARO, Agostinho Taffoli.; MARTINS, Ives Gandra da Silva, - **Fontes do Direito do Comércio Internacional e o Direito Brasileiro – Cap. I**, p.6. Disponível em: <http://www.tavolaroadvogados.com/doutrina/cs518.pdf>. Consultado em: 23-01-2012

<sup>177</sup>In MIRANDA, Jorge, - **Curso de Direito Internacional Público**, 3.<sup>a</sup> ed., revista e atualizada. Estoril: Príncipe Editora, Lda., 2006. p. 12 -13.

<sup>178</sup> A par das revoluções as doutrinas liberais associadas. **Em contraste com as ideias contratuais de Hobbes, que acabaram na legitimação do poder absoluto, encontramos Locke, cuja teoria contratual conduziu à defesa da autonomia privada, concretizada no direito à vida, à liberdade e à propriedade. Daí decorre o individualismo possessivo com influência (em parte decisiva) na teoria liberal dos direitos fundamentais (direitos de defesa do cidadão perante o estado). À que ter em apreço que a doutrina de Locke, “juntamente com a de Rousseau, concebia a liberdade como liberdade no Estado-sociedade, como corpos políticos indiferenciados, ao contrário das doutrinas fisiocráticas da ordem natural, conducentes à conceção exclusiva de uma liberdade perante o Estado”. É a conceção “assente no dualismo Estado-sociedade” e na ideia de liberdade só limitada pelos direitos dos outros que terá expressão no constitucionalismo tardio das monarquias dualistas, “onde a definição de uma «staatsfreie Sphäre» [esfera estadual livre] se reconduzirá à delimitação do direito do monarca sob o ponto de vista dos súbditos”.O sentido da evolução desta doutrina acabaria numa Statuslehre de G. Jellinek, em que os direitos de liberdade eram autovinculações jurídicas do Estado (com personalidade jurídica). In CANOTILHO, José Joaquim Gomes, MOREIRA, Vital, - **Constituição da República Portuguesa – Anotada - Volume 1 (Art. 1º a 107º)**, 4ª Edição, Coimbra Editora, 2007, pp. 384-385.**

Em especial, o liberalismo procurou retirar “ao espaço da convivialidade social toda a nota de coatividade baseada na autoridade real e senhorial, transformando-a *hoc sensu* de sociedade política em sociedade civil.”<sup>179</sup>

Apresentando-se, assim, a economia “como um terreno politicamente neutro, baseado em relações não políticas mas sim de mercado cujo pressuposto não é o poder unilateral e personalizado mas a troca impessoal e abstrata de mercadorias através do contrato.”<sup>180</sup>

A “troca” passa a constituir “o critério de constituição de um novo tipo de sociedade; a sociedade civil. Trata-se de substituir a divisão (política) da sociedade em diferentes classes de cidadãos exercendo certas delas a autoridade soberana sobre as outras pela homogeneidade das «leis sagradas dos contratos» assentes na total ausência de limites à liberdade individual.” Vislumbrando-se, assim, a exaltação da autonomia da vontade privada, limitada, somente, pela liberdade dos outros.<sup>181</sup>

A vontade privada passa a constituir, verdadeiramente, a fonte da atividade económica, - que “se fundamenta unicamente num conjunto de relações interindividuais, cuja expressão é o mercado (...) – que apresenta como critério o interesse privado.”<sup>182</sup>

O Século XX traduz um momento histórico marcado pela internacionalização das operações mercantis, e conseqüentemente, pelo surgimento de novas regras, devido às necessidades galopantes da hodierna comunidade económica internacional.<sup>183</sup>

Tomemos nota das grandes inovações científicas e tecnológicas deste período da história, o exponencial aumento das vias de comunicação, o desenvolvimento dos meios de transporte, agora, mais eficientes, e das novas tecnologias da informação e da comunicação, que tornam, efetivamente, o mundo numa ténue planície, aproximando as

---

<sup>179</sup> CABRAL MONCADA, Luís S., - **Direito económico**, 3.<sup>a</sup> Ed. Revista e Atualizada, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 56.

<sup>180</sup> *In Ibidem*

<sup>181</sup> *In Ibidem*. Ver também obra citada pelo autor acerca das «leis sagradas dos contratos». Nota (1) BARCELLONA P., - **Oltre lo Stato Sociale**, p. 44.

<sup>182</sup> *In ibidem*

<sup>183</sup> TUNC, A. – **English and continental law**. *In*: Journal of Business Law, 1961, p. 237. Sobre a evolução através do fenómeno industrial. Ver NEF, J. V. – **La naissance de la civilisation industrielle et le monde contemporain**. Paris : Librairie Armand Colin, 1954.

peças e o mundo, alterando, definitivamente, as noções espaço-temporais, até então institucionalizadas.<sup>184</sup>

Constata-se o surgimento de novos mercados e de negócios potenciados, fundamentalmente, pelo comércio internacional.<sup>185</sup>

Com a evolução dos tempos, a par da comunidade de comerciantes, os próprios Estados, começam a reconhecer que o comércio internacional, para se desenvolver, necessitava de outras respostas que as legislações nacionais não eram aptas a dar.

Até à primeira grande guerra, o Direito Comercial Transnacional, recorria às técnicas do direito internacional privado (DIP), após esse período, principalmente, depois da segunda grande guerra, as técnicas do direito do comércio transnacional<sup>186</sup> desenvolvem-se e diversificam-se, ampliado em número e qualidade. Para tal, muito contribuiu o crescente desenvolvimento do comércio internacional, os investimentos estrangeiros, e os empréstimos internacionais em moeda estrangeira. Estes fatores conduzem à utilização de novas técnicas, contribuindo para o surgimento de diversos fenómenos propulsores da *lex mercatória*.

Surgem, assim, novos instrumentos regulativos de caráter material, pelo desenvolvimento de novos usos, costumes na prática mercantil dos diversos setores de mercado, - este renascimento dos usos terá contribuído à elaboração de códigos ou tratados privados nacionais [*ex maxime* Princípios UNIDROIT e Princípios de Direito

---

<sup>184</sup> Ver. CASTELLS, M. – **A Sociedade em Rede – A era da informação: economia, sociedade e cultura**. São Paulo: Editora Paz e Terra, 1999. No mesmo sentido. Dias, R. – **Sociologia do comércio exterior**, Campinas: Alínea, 1997, p. 146 e ss. Também. DERTOUZOS, M. – **O que Será : como o novo mundo da informação transformará nossas vidas**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. No mesmo sentido. SCHAFF, A. – **A sociedade informática : as consequências da Segunda Revolução Industrial**. 4.ª edição. São Paulo: Brasiliense, 1995. Tradução de Carlos Eduardo Jordão Machado e Luiz Artuno Obojes. KINDLEBERGER, C. P. – **Comércio exterior e a economia nacional**, Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1967, p. 15-28.

<sup>185</sup> DAEMON, D.- **Empresas de comércio internacional: organização e operacionalidade**. Blumenau: Da

Furb, 1993, pp. 9 e ss. Também, RESENDE, L. S. de; GARCIA, L. M. – **Exportação: organização para exportar, rotinas e procedimentos, canais de distribuição**. 3.ª ed. São Paulo : Atlas, 1984. Também, RESENDE, L. S. de. – **Exportação e incentivos: recursos e aplicação**. 7. Ed. São Paulo: Aduaneiras, 1986.

<sup>186</sup> **O desenvolvimento de usos, de modelos contratuais do direito cooperativista, permitiu o surgimento de regras de direito material (com o contributo da arbitragem comercial internacional e da jurisprudência interna)**. O direito do comércio internacional eclode, agora, como uma disciplina constituída por um corpo de técnicas regulativas bem mais alargado. In. LOUSSOUAM e BREDIN, - **Droit du commerce international**, Paris: Sirey, 1969, p. 21. *Negrito nosso*.

Europeu dos contratos (PECS)] - de contratos-tipo [ou contratos padrão] ou cláusulas contratuais,<sup>187</sup> - para tal muito contribuiu a prática mercantil tanto imbuída no espírito de autonomia privada (seja conflitual ou material), chegando, mesmo, a institucionalizarem-se contratos autonormativos – das regras e princípios emanados pelas corporações.<sup>188</sup> Demarcando-se uma nova fase de e para a *Lex Mercatória*.

Em Particular, no que respeita aos mercados financeiros internacionais, estes, também, acompanharam aquele processo. Desde os anos 80 que a engenharia financeira vem introduzindo no mercado novos produtos financeiros – criados *ad hoc* com a finalidade de operar em diversos mercados financeiros - que apresentam uma acrescida dificuldade de enquadramento no Direito comercial internacional tradicional.<sup>189</sup>

Para alguns autores, aquilo que designamos, hoje, da Nova *Lex Mercatória*, terá brotado de todo aquele conjunto de regras materiais, mas também, de alguma legislação internacional, como convenções internacionais e leis modelo,<sup>190191</sup> e, mesmo, de normas estaduais internas, seja de fonte legislativa ou jurisprudencial, disciplinadoras das situações privadas absolutamente internacionais.<sup>192</sup>

---

<sup>187</sup> « Les sources de ce droit spontané les plus souvent citées sont les réglementations établies par les organisations professionnelles et les contrats». LAGARDE, P. – **Approche critique de la Lex mercatória**, in Le droit des relations économiques internationales – Études offertes à Berthold GOLSMAN, Paris, Librairies Techniques, 1983, p. 128.

<sup>188</sup> LOUSSOUAM e BREDIN, - **Droit du commerce international**, Paris: Sirey, 1969, p. 21

<sup>189</sup> Sobre os mercados financeiros em especial. CONDE AMO, I. ; CONDE LÓPEZ, A. – **Mercados Financieros**, Vol. II, Madrid, Colex, 2003, pp. 159 e ss.

<sup>190</sup> Neste sentido, SCHMITTHOFF, C. M. – International Trade Law and Private International Law, in Vom Deutschen zum Europäischen Recht – Festschrift für Hans Dölle, vol. II, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1963, pp. 267-268. Também, GOLDSTAJN, A. – **International Conventions and Standard Contracts as Means of Escaping from the Application of Municipal Law– I**, in Schmitthoff C. M. (ed), The Sources of the Law of International Trade with special reference to East-West Trade, Londres: Stevens & Sons, 1964, p. 116. In GOLDSTAJN, A. – **The New Law Merchant Reconsidered**, in Law and International Trade/Recht und Internationaler Handel-Festschrift für Clive M. Schmitthoff zum 70. Geburtstag, Francfort, Athenäum Verlag, 1973, p. 176.

<sup>191</sup> **Consideramos que com a explosão da legislação internacional, seja em formato de *hard law* ou *soft law*, terá surgido um novo fenómeno de absorção da, agora, nova *Lex Mercatória* pelos Direitos nacionais, que a nosso entender traduz algo de muito positivo, reflectindo a generalização da sua aceitação, todavia, influtífero se visar a codificação desta realidade, visto se tratar de um Direito vivo.**

<sup>192</sup> GOLDMAN, B., - **La lex mercatória dans les contrats et l'arbitrage international: réalité et perspectives**, Clunet Vol. 106 : 475-505, 1979, pp. 477-478. Também, LAGARDE, P. – **Approche critique de la lex mercatória**, in Le droit des relations économiques internationales – Études offertes à Berthold GOLDMAN, Paris, Librairies Technique, 1983, p. 128

Essa nova lei do comércio internacional, também, teria assimilado princípios gerais de Direito, em particular, em matéria contratual,<sup>193</sup> partilhados pelas diversas ordens jurídicas e pela ordem jurídica internacional (p. ex. Boa fé e suas principais decorrências como a *pacta sunt servanda*)<sup>194</sup><sup>195</sup>(...). Teria beneficiado do labor das instituições judiciárias nacionais, e, principalmente, das instancias arbitrais,<sup>196</sup> *ex maxime* jurisprudência, - fonte de inspiração para outros julgadores e juristas e não juristas da doutrina - potenciando, assim, o aparecimento de um conjunto, cada vez mais vasto, de regras de direito material, aptas a disciplinar as relações comerciais transnacionais.<sup>197</sup> 198 199 200 201

---

<sup>193</sup> «Die lex mercatoria speist sich vornehmlich aus folgenden Quellen: 1. dem Vertrag; 2. Internationalen Handelsbräuchen; 3. Internationalen Abkommen und 4. Allgemeinen Rechtsgrundsätzen.» HOFFMANN, B. Von, - **Grundsätzliches zur Anwendung der 'lex mercatoria' durch internationale Schiedsgerichte**, in Festschrift für Gerhard Kegel zum 75. Geburtstag 26. Juni 1987, Estugarda/Berlim/Colónia/Mogúncia, Verlag W. Kohlhammer, 1987, p. 220.

<sup>194</sup> BROWNLIE, Ian, - **Princípios de Direito Internacional Público**, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, pp. 30-31

<sup>195</sup> Os princípios Gerais de Direito da *Lex mercatória* estão ligados à noção de *bona fides*. Constitui uma regra de interpretação, guia do processo, estando presente na maioria das sentenças arbitrais. HORSMANS, Guy. - **L'interprétation des contrats internationaux**, in L'apport de la jurisprudence arbitrale: Séminaire des 7 et 8 avril 1986 (ICC Publishing S.A.), p. 153, 1986.

<sup>196</sup> A *Lex mercatória* é direito espontâneo constituído pelos usos profissionalmente codificados, por modelos jurídicos e cláusulas contratuais e pelas sentenças arbitrais. GOLDMAN, B., -**La lex mercatória dans les contrats et l'arbitrage internationaux**, *ob. cit.* , p. 478.

<sup>197</sup> Atente-se à importância da globalização moderna, que surge, em certa medida, como preventiva de um novo conflito mundial.

<sup>198</sup> A *lex mercatória*, também teria por base outros elementos, como o próprio Direito Internacional Público, leis uniformes e regras de organizações internacionais [como resoluções, recomendações, códigos de conduta no âmbito do comércio internacional]. LAKE, Ralph B. -**Breach and adaptation of international contracts: an introduction to lex mercatória**. Salem: Butterworth Legal Publishers, 1992, p. 13. Ver também, LANDO, O. - **The Lex Mercatória in International Commercial Arbitration**, in ICLQ, 1985, pp. 748-751, onde elenca os seguintes elementos: **o Direito internacional público, o Direito uniforme, os princípios gerais de direito, as regras de organizações internacionais, os usos e costumes, os modelos contratuais standard; os relatórios das sentenças arbitrais; sobre os códigos de conduta** ver, também, RIGAUX, F. - **Pour una utre orde international**, in BLANC, J. - RIGAUX F., - **Droit Économique II**, Paris: Pedone, 1979, pp. 364-399, e MARQUES DOS SANTOS, A. - **Transferência internacional de tecnologia, economia e direito - alguns problemas gerais**, Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1984 (Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, n.º 132), p. 309 e ss.. Mostra pormenores acerca da elaboração pela Conferência das Nações Unidas sobre o Comércio e o Desenvolvimento - UNCTAD- dos Códigos de conduta em Matéria de Transferência de Tecnologia e sobre Empresas Multinacionais. Ver GOLDSTAJN, A. - **Usages of Trade and Other Autonomous Rules of International Trade According to the UN (1980) Sales Convention**, in *In International sale of goods; Dubrovnik lectures*. Sarcevic, P. and P. Volken, eds. New York, Oceana, 1986, p. 72; SIEHR, K. , - **Sachrecht im IPR, transnationales Recht und lex mercatoria**. in HOLL, W. - KLINKE U., - **Internationales Privatrecht - Internationales Wirtschaftsrecht**, Colónia/Berlim/Bona/Mogúncia, Carl Heymanns Verlag, 1985, p. 114. **Inclui os tratados internacionais, as diretivas uniformes, também, os formulários e as cláusulas sobre o comércio marítimo, os contratos-standard e as condições gerais das Câmaras de Comércio existentes nos Estados e dos diversos agrupamentos comerciais, a jurisprudência arbitral e a dos tribunais estaduais, as práticas ou usos do comércio internacional, isto, para além dos códigos de conduta ou de comportamento.** Sobre estes, ver ainda. HORN, N. - **Die Entwicklung des Internationalen Wirtschaftsrechts durch Verhaltensrichtlinien** - Neue Elemente eines internationalen ordre public, Rabelsz, 1974, p. 423 e ss. **Negrito nosso.**

Esta transformação revela o quão viva, a *lex mercatória*, ainda, estava na comunidade dos mercadores. A vontade e a prática reiterada do comércio transnacional revelaram-se mais fortes que os limites, restrições, que neste âmbito a positivação encerra.<sup>202</sup> A estagnação foi vencida pelo *animus* dos operadores no mercado. Vislumbramos, nesta linha de raciocínio, como que uma *Fénix*, - renascida do espólio da *ancient law-merchant* - reavivada numa e para uma nova realidade política, social, económica e financeira, que caracteriza o novo mundo. Denominada, de a nova *lex mercatória*, um direito próprio da sociedade globalizada.<sup>203</sup> Muito importante na revitalização desta lei foi o papel da Câmara do Comércio Internacional (CCI) de Paris, a partir de 1920.

A globalização da economia<sup>204</sup>, e as consequentes transformações ao nível do sistema da rede mercantil - que adquire uma dimensão global - e societárias.<sup>205 206</sup> Surgindo, assim, como que uma espécie de pluralismo valorativo integrado, que emerge dos diversos influxos das várias comunidades planetários – principalmente, os, poderosos blocos regionais. A cadeia de produção passa, também, ela a ter carácter transnacional

---

<sup>199</sup> A inclusão do Direito Internacional Público no elenco das fontes, foi objeto de crítica por não espelhar a compreensão dos mercadores transnacionais e pelo facto de ter como âmbito de aplicação, geralmente, as relações entre Estados ou entre Estados e organizações internacionais. Todavia, tem sido aplicado às relações entre Estados e entes particulares (empresas). Ver caso *Texaco Overseas Petroleum Company vs, Libya Arab. Republic* (“TOPCO”) de 1979, cujo *domus* arbitral entendeu ser possível internacionalizar os contratos entre Estados e privados.

<sup>200</sup> Ver também, REALE, Miguel, - **O Direito como Experiência**. S. Paulo: Editora Saraiva, 2004, *passim*.

<sup>201</sup> Em sentido Contrário Dabin entende que a nova *lex mercatória* seria o renascimento da *Lex mercatória* medieval, “nascida dos usos do comércio internacional”. DABIN, Jean, - **Théorie Générale du Droit**. Paris: Dalloz, 1969, pp. 26-27. No mesmo sentido, Vries entende que a *lex mercatória* compreende apenas os usos profissionais desenvolvidos no comercio internacional. in VRIES, H. de – **Le caractere normatif des pratiques commerciales internationales**, em *Hommage à Frédéric Eisemann* – Liber Amicorum, Paris, Chambre de Commerce Internationale, 1978, em especial p. 118 e ss.

<sup>202</sup> Ver nota n.º 111

<sup>203</sup> Da relação existente entre o direito e a globalização. Ver estudo de IRTI, Natalino. – **Le categorie giuridiche della globalizzazione**. Rivista di Diritto Civile, n.º 5, p. 625 ss, 2002.

<sup>204</sup> Na atualidade não podemos afirmar que exista uma corporação mercantil, ou feiras como as da Idade Média. **Ainda que essa expressão seja usada para denominar as grandes exposições mundiais, onde os produtores apresentam as suas criações**. P. ex. Suíça - *o Salon International de L'Auto et Accessoires* em Genebra; França - *O Salon International de L'Agriculture* – SAI, em Paris; Alemanha - *A Internationale Messe Verpackungsmaschinen – Packmittel – Süßwarenmaschinen*, em Düsseldorf. **No Domínio dos serviços de telecomunicações a Feira Mundial - Digitais o Centrum für Büroautomation, Informationstechnologie und Telekommunikation ou Center for Office Automation, Information Technology and Telecommunication** – CEBIT, organizada pela Deutsche Messe AG.

<sup>205</sup> A sua organização em rede não sustenta mais estruturas hierarquizadas e rígidas. Ver CASTELLS, Manuel. – **A Sociedade em Rede – A era da informação: economia, sociedade e cultura**. S. Paulo: Editora Paz e Terra, 1999, *passim*, Vol. I; MATIAS, Eduardo Felipe P. – **A humanidade e suas fronteiras: do Estado soberano à Sociedade global**. São Paulo: Paz e Terra, 2005, pp. 105-108.

<sup>206</sup> A Sociedade civil é constituída por diversos fatores de influência e de poder que constituem verdadeiros agrupamentos de interesses económicos, éticos, culturais, religiosos, (...)

adquirindo um certo poder normativo concorrente com o direito dos Estados. Criando-se, desta forma, espaços alternativos de regulação jurídica.<sup>207 208</sup>

Na globalização e na *mundialização* sublinhamos, com especial relevo, em termos económicos e sociais, a queda das barreiras espaço-temporais através da difusão das telecomunicações, a criação de vias de comunicação mais eficientes, a revolução tecnológica e científica, em especial, o desenvolvimento das tecnologias da informação (...) <sup>209</sup>

O Termo globalização surge no fim dos anos 80 e, especialmente, inícios dos anos 90, sendo definido em dois sentidos, um positivo e outro normativo: o primeiro, “descrevendo o processo de integração da economia mundial;” e o segundo “prescrevendo uma estratégia de desenvolvimento baseado na rápida integração com a economia mundial.”<sup>210</sup>

Podemos definir globalização como o processo de integração dos diversos mercados nacionais em direção a um mercado mundial integrado. Que, traduz um fenómeno de natureza, eminentemente, socioeconómica, e pressupõe: a globalização produtiva, comercial e financeira.<sup>211</sup>

Por efeito da transnacionalização da economia e do poder cada vez maior das empresas transnacionais (ETN) <sup>212</sup> assistimos nas últimas duas décadas, a um exponencial crescimento das transações de bens e de serviços: no primeiro caso, triplicou o volume de vendas; no segundo caso, quadruplicou.<sup>213</sup>

---

<sup>207</sup> Ver FARIA, José Eduardo, - **O Direito na economia globalizada**. S. Paulo: Malheiros, 2002, p. 155. Ver, também, p. 158.

<sup>208</sup> Atente-se para o fim da segunda grande guerra, com o surgimento de novos Estados soberanos e o afluxo dos grandes investimentos dos países capitalistas nos novos países. Para mais desenvolvimentos sobre a globalização ver In VIEIRA, Liszt. - **Cidadania e Globalização**. 8 ed. Rio de Janeiro- São Paulo: Record, 2005, p. 77-78.

<sup>209</sup> *In Ibidem*

<sup>210</sup> PRADO, Luiz Carlos Denorme. - **Globalização: notas sobre um conceito controverso**. Disponível em: <http://esscp.globalizacao.googlepages.com/LuisCarlosDelormePrado.pdf>. Consultado em: 04-03-2012 de 2012.

<sup>211</sup> No mesmo sentido. *In Ibidem*

<sup>212</sup> Terminologia da **Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento** –UNCTAD.

<sup>213</sup> GARCIA DE LA CRUZ, J. M. DURÁN ROMERO, G., - **Sistema Económico Mundial**, Madrid, Thomson, 2005 p. 26.

A globalização enquanto fenómeno multifacetado, articulado com todo o desenvolvimento tecnológico e científico hodierno, faz emergir um novo espaço de ação para os operadores mercantis, o espaço globalizado e, conseqüentemente, brota um novo *campo de poder*,<sup>214</sup> gerando, sérias, alterações à aceção de Estado, dos seus fundamentos, estrutura, lançando novos desafios à sua intervenção no mercado global. Não esqueçamos que no domínio das transações comerciais transnacionais, tendo em conta a sua elevada desenvoltura, o Estado não apresenta soluções que acompanhem o seu ritmo e dimensão.<sup>215</sup>

A par disto, a descrença no Estado enquanto instituição tem ganho adeptos atendendo à sua incapacidade – enquanto Estado Social ou Estado Regulador, em contraposição com o Estado Formal - de autogerar respostas às sucessivas crises financeiras e económicas – que devido ao efeito da globalização ganham repercussões transnacionais - que têm assistido à queda ao rompimento da sua soberania através da intervenção de algumas instituições de carácter transnacional. Traduzindo, verdadeiras manifestações da nova ordem mundial.

Destacam-se a partir deste período, devido a toda esta conjuntura, um conjunto alargado de estruturas organizadas e articuladas, públicas e privadas, que passarão, agora, a constituir em face a esse novo campo de poder, polos institucionais ou centros de poder, a título de exemplo: a Organização Mundial de Comércio (OMC), o Banco Mundial (BM), o *International Chamber of Commerce* (CCI), *Grain and Feed Trade Association* (GAFTA). Este novo poder traduz aquilo que designamos de pluralismo jurídico-institucional integrado, naquele novo plano, a dimensão transnacional.<sup>216</sup>

A par do referido, a universalização da utilização do contrato e a imensa capacidade criativa do Homem, permitiu o aumento em número, qualidade e complexidade dos tipos contratuais que atualmente circulam no comercial transnacional. Tendo na jurisprudência (principalmente) e na doutrina o alicerce ideal no sentido de ajustar o jurídico a uma realidade onde está presente a diversidade dos sistemas jurídicos em contacto (pelo menos em termos económicos) e a instabilidade económica e política.

---

<sup>214</sup> CAPELLA, J. R. – **Fruta prohibida: Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado.** Madrid: Trotta, 1997, *in passim*, em particular, pp. 260 e ss.

<sup>215</sup> Remetemos para o capítulo VI

<sup>216</sup> *In Ibidem*.

Por outro lado, determinados contratos comerciais transnacionais, como aqueles que apresentam no seu conteúdo uma pluralidade variável de instrumentos negociais articulados (contratos multifacetados), - por exemplo o contrato *global engineering* - manifestam características especiais, de difícil regulação, que merecem uma tutela adequada, uma tutela sólida, pelo impacto económico e social associados. Às quais, a *lex mercatória*, em sede de disciplina contratual e processual (no caso de litígio) poderá responder eficientemente.<sup>217 218</sup>

Alias, a ausência de Direito convencional material uniforme em sede de contrato internacional de *engineering*,<sup>219</sup> constituiria um fator potenciador do desenvolvimento pelos comerciantes da nova *lex mercatória*.<sup>220</sup>

Para *Eugen Laguen*, a nova *Lex Mercatória* constitui desde há muito tempo direito transnacional, todavia, o seu conceito moderno apresenta como mentores, Berthold Goldman,<sup>221</sup> Herman Brackman e R. David.<sup>222</sup> Para os quais aquela corresponderia a “um conjunto de normas de natureza paralegal”.

Certo é que a *Lex Mercatória* deveu o seu nascimento à comunidade dos mercadores em cada momento histórico, através dos usos e costumes inerentes às atividades desenvolvidas nos diversos sectores de mercado, e do seu labor corporativo. A par das corporações profissionais, outras instituições, como agências, organizações internacionais, instâncias arbitrais (...), têm dado um forte contributo ao desenvolvimento daquela realidade dinâmica. Que surge, desta feita, sem a intervenção legislativa dos Estados, e situa-se a par dos seus sistemas legais. Traduzindo uma das

---

<sup>217</sup> Trataremos mais adiante da completude vs incompletude regulativa da *lex mercatória*.

<sup>218</sup> Direito Sistémico, com um modo de racionalidade, fundamentalmente, material, assente na maximização da eficiência. *In ibidem*.

<sup>219</sup> Todavia não podemos esquecer que existem Convenções Internacionais onde constam normas de conflitos de leis no espaço, também em matéria adjetiva, e relativas à arbitragem, que poderiam ser um contributo positivo.

<sup>220</sup> No mesmo sentido Ver FRIGNANI, A. – **Il contratto internazionale, Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia diretto da Francesco Galgano**, vol. XII, Padova, 1990, p. 10

<sup>221</sup> GOLDMAN, B. – **Frontières du droit et “lex mercatória”**. Aphd, 177, 1964

<sup>222</sup> Entre outras do autor ver. RENÉ, David - **Il Diritto del commercio internazionale: un nuovo compito per il legislatori nazionali o una nuova lex mercatória?** Riv. Dir. Civ., I, p. 577 e ss., 1976

mais marcantes formas de internacionalizar, ou transnacionalizar os contratos, sendo usada como disciplina material das relações mercantis.<sup>223</sup>

Uma decisão jurisprudencial que resume a sua autossuficiência enquanto sistema: da Corte de Cassazione Italiana, de 8 de Fevereiro de 1982, considerando a *lex mercatória* como um verdadeiro, ainda que original, ordenamento jurídico, separado dos ordenamentos jurídicos estaduais, sendo expressão da sociedade mercantil.<sup>224</sup>

## 2. Da expressão *Lex Mercatória*

A expressão *Lex Mercatória* também tem o seu tempo e a sua carga de subjetivismo. Para Ly, a expressão *Lex Mercatória*<sup>225</sup> foi utilizado primeiramente numa coleção inglesa, de 1290. “*The Fleta*”<sup>226</sup>. Em 1291, um documento (*writ*) dirigido ao *sheriff* de Gloucester para que este fizesse justiça a um comerciante – secundum legem mercatoriam.<sup>227</sup> Existem textos datados do século XV, como o Estatuto de Bréscia (1429)<sup>228</sup>, e fragmentos de decisões tendo por base a *Lex mercatória*, nas cidades hanseáticas de Bremen, Lübeck e Hamburgo.<sup>229</sup> Já na data de 1622, MALYNES, um comerciante inglês do século XVII, construía um conceito de *lex mercatória* como uma “lei costumeira dos comerciantes (...) mais antiga do que qualquer lei escrita (...) e cujo fundamento é a Razão e a justiça”.<sup>230231232</sup>Essa fórmula constitui a primeira obra mais

---

<sup>223</sup>Para mais desenvolvimentos consultar LEX MERCATORIA – University of Tromso e University of Oslo, Norway. Disponível no site: <http://www.jus.uio.no/lm/>

<sup>224</sup> Corte di Cassazione, sentença de 8 de Fevereiro de 1982, Fratelli Damiano s. n. c. – August Topfer & Co. GmbH, in R.D.I.P.P., 1982.

<sup>225</sup> De origem inglesa, no entendimento da maioria da doutrina.

<sup>226</sup>in LY, Filip. - **International business law and *lex mercatória***, North-Holland, London, 1992. p.207

<sup>227</sup>In SCHMITTHOFF, C. M., - **International Trade Law and Private International Law**, in Vom Deutschen zum Europäischen Recht – Festschrift für Hans Dölle, vol. II, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1963, p. 262, *in fine*; LORENZ, W., - **Die Lex Mercatoria: eine internationale Rechtsquelle?**, in Festschrift für Karl H. Neumayer zum 65. Geburtstag, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1985, p. 407

<sup>228</sup>: «[...] ut iuxta mercatorum ritus et mores honestos in eorum exercitiis et trafegis possint et debeant idoneis legibus, ordinibus et statutis vivere“ In RUDOLF, Meyer, - **Bona fides und *lex mercatória* in der europäischen Rechtstradition**, Göttingen: Wallstein, 1994, p. 58.

<sup>229</sup>*In Ibidem*.

<sup>230</sup>MALYNES, Gerard. – **Consuetudo Vel *Lex Mercatória*: or the Ancient Law-Merchant**, Londres, 1685 republicada pela Professional Books, de Abingdon, Inglaterra, em 1981. cit. Por BERGER, Klaus Peter. – **The creeping codification of the *lex mercatória***. Kluwer law international, 1999, p.1.

<sup>231</sup> A *Law Merchant* é a “customary law approved by the authority of all kingdoms and commonwealths, and not a law established by the sovereignty of any prince.” Fazendo referência à Terceira edição da obra de Malynes. In LORENZ, W. *ibidem*, p. 407, *in fine*; MUSTILL, J. (Lord) – **The New “*Lex Mercatória*”:** **The First Twenty-Five Years**, in Liber Amicorum for the Rt. Hon. Lord Wilberforce, PC, CMG, OBE,

importante. Já em 1920, Masaichiro Ishizaki, a propósito do comércio da seda terá lançado, também, a ideia da *lex mercatória*.<sup>233</sup> Em 1929, Grossman-Doerth, um autor alemão, tecia considerações sobre a existência de um direito autónomo do comércio internacional.<sup>234</sup> Mais tarde, em 1954, Schmitthoff, em *International business law: a New Law Merchant* constrói uma teoria sobre um sistema autónomo de normas.<sup>235</sup> A partir de 1950, assistimos ao desenvolvimento da teoria da *Lex Mercatória*. O contributo relevante fora especialmente por autores ingleses e franceses, que comprovaram que aquela realidade dinâmica tinha aceitação pelos círculos de comércio internacional e aplicação pelos tribunais arbitrais.<sup>236</sup> Os autores oponentes apontavam-lhe, essencialmente, “a sua falta de autoridade, o seu carácter disperso, assim como os resultados imprevisíveis.”<sup>237</sup> Em 1964, a ideia de *lex mercatória* é retomada por Goldman e desenvolvida por este autor, a quem muitos reconhecem a paternidade da *New Law Merchant*.<sup>238</sup><sup>239</sup> Na atualidade, fala-se da *Lex mercatória* moderna. A expressão pretende idealizar o renascimento, numa era moderna de um direito [criado pela *Business community*] com vocação universal,<sup>240</sup> tal como o direito dos mercadores

---

QC, Oxford, Clarendon Press, 1987, p. 183, n.121; também JUENGER, F. K. – **General Course on Private International Law** (1983), in RCADI, t. 193, 1985-V. , p. 327, n. 125, *in fine*.

<sup>232</sup> Assim como um autor inglês Wyndham Beawes. Ver in GOLDMAN, B. – **Frontières du droit et « lex mercatoria »**, p. 179, in Archives de philosophie du droit, n.º 9, 1964.

<sup>233</sup> «[U]n droit corporatif qui, formé d'un ensemble d'usages directement de l'activité normative de la pratique aurait vocation a gouverner les ventes internationales de soie». ISHIZAKI, Masaichiro, - **Le droit corporatif international de la vente de soies**. Paris : Giard, 1928, Vol. I, pp. 6-7.

<sup>234</sup> GROSSMAN-DOERTH, H. – **Der jurist und das autonome Recht des Welthandels**. Juristische Wochenschrift, Berlin, 1929, pp. *apud* VICENTE, D. – Da arbitragem comercial internacional: direito aplicável ao mérito da causa, 1990, p. 135.

<sup>235</sup> Anuncia o seu nascimento tendo em vista as Conferências que teriam lugar entre 1958 e 1964, organizadas pela *Internacional Association of Legal Science*. Encontra-se citado pelo autor MARTINEZ CAÑELLAS. A. – **La interpretación y la integración de la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías de 11 de abril de 1980**, Granada: Comares, 2004, p. 27. Ver, também, o seu ensaio, uns anos mais tarde. SCHMITTHOFF, C. M. - **The Law of International Trade, Its Growth, Formulation and Operation** in The Sources of the Law of International Trade with special reference to East-West Trade, edited by Clive M. Schmitthoff, New York: Praeger, 1964.

<sup>236</sup> Ver também, OSMAN, Filali - **Les principes généraux de la lex mercatoria** — Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational, Bibliothèque de droit privé (tome 224), Paris 1992

<sup>237</sup> PEREIRA, Teresa Silva - **Proposta de reflexão sobre um Código Civil Europeu**, Artigos doutrinários da Ordem Dos Advogados, Publicações > [Revista](#) > Ano 2004 > Ano 64 - Vol. I / II - Nov. 2004, (I.2.6.1. A lex mercatória). Disponível em: [http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe\\_artigo.aspx?idc=31559&idsc=45841&ida=47182](http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=31559&idsc=45841&ida=47182). Consultado em: 30-01-2012

<sup>238</sup> GOLDMAN, Berthold. – **Frontières du Droit et Lex Mercatória**, in Le Droit Subjectif en question. Archives de philosophie du Droit, t.9, pp. 177-192, 1964.

<sup>239</sup> Outros autores de renome: Philippe Kahn, francês, Ernst Rabel, alemão.

<sup>240</sup> Sem mediação do poder legislativo Estados, constituído por regras uniformes disciplinadoras das relações comerciais transnacionais, pertencentes à esfera política dos Estados, mas também à unidade económica dos mercados.

se apresentara na Idade Média.<sup>241</sup> <sup>242</sup>Esta característica, leva Gaillard a afirmar que para acompanhar a *lex mercatória* será preciso falar todas as línguas.<sup>243</sup>

---

<sup>241</sup> Galgano, citado por Fradera. *In* MENEZES, Wagner (org).- **O Direito internacional e o direito brasileiro**, Ijuí: ed. Unijuí, 2004, p. 814.

<sup>242</sup> Os últimos 40 e 50 anos de literatura jurídica sobre a nova *Lex mercatória*. SCHMITTHOFF, C. M. – **Nature and evolution of the transnational law and commercial transactions**, p. 146-162. *In* SCHMITTHOFF, C. M; HORN, N (ed.) *The transnational law of international commercial transactions*, Deventer: Kluwer law international, 1982; CREMADES, B. *The new lex mercatória and the harmonization of the laws of international comercial transactions. In: Boston University International Law*, 1984, p. 317-318. LANDO, O. **The Lex mercatória in International Commercial Arbitration. In: ICLQ**, 1985, p. 747.; GOLDMAN, B. – **The applicable law: general principles of the law: the lex mercatoria. In: LEWS, J. (ed), - Contemporary problems in International arbitration**. London, 1986.

<sup>243</sup> Faz menção a estudos sobre o tema em diversas línguas, entre elas: o espanhol, italiana, francês, holandês, alemão. *In* Trente ans de la **Lex mercatória**: pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit. *Clunet*, I, p. 5 ss. 1995, em especial p. 6, nota4.

### 3. Caracterização, essencial, da *Ancient Law Merchant* e da *New Law Merchant*

As principais características da *Ancient Lex Mercatória*:

- 1- Caráter transnacional;
- 2- Fundada nos usos e costumes do comércio (natureza consuetudinária);
- 3- Caráter espontâneo;
- 4- Aplicada por árbitros comerciantes;
- 5- Informalidade e celeridade dos processos litigiosos;
- 6- Destaca-se o princípio da boa-fé no desempenho da atividade mercantil;<sup>244</sup>
- 7- Valorização da liberdade contratual e as decisões dos casos à luz *ex aequo et bono*.<sup>245</sup>

Os caracteres fundamentais da *New Law Merchant*:

- 1- Carácter transnacional;
- 2- Pluralismo unitário jurídico-valorativo;<sup>246</sup>
- 3- Intervenção de novos operadores e de novas instituições;
- 4- Opera num espaço transnacional;
- 5- Novas fontes a acrescentarem aos usos e costumes;
- 6- Espontaneidade *versus* programação e sistematicidade;
- 7- Rompimento com os cânones institucionais da soberania territorial nacional da ordem mundial;<sup>247</sup>
- 8- Aplicada por árbitros;
- 9- Informalidade e celeridade dos processos litiosos;
- 10- Destaca-se o princípio da boa-fé no desempenho da atividade mercantil;
- 11- Valorização da liberdade contratual e as decisões dos casos à luz *ex aequo et bono*.<sup>248</sup>

---

<sup>244</sup> No mesmo sentido ver GOLDMAN, Berthold. - **Frontières du Droit et Lex Mercatoria**. Ob cit.

<sup>245</sup> Nesse sentido ver AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Coord.). - **Direito do comércio internacional: aspectos fundamentais**. São Paulo: Aduaneiras, 2004, p. 59.

<sup>246</sup> No capítulo VI, ver em centros de poder.

<sup>247</sup> Será abordada esta temática, especialmente, no capítulo VI.

<sup>248</sup> Solução admitida no n.º 3 do art. 21.º do Regulamento de Arbitragem CCI de 2012. “O tribunal arbitral assumirá os poderes de *amiable compositeur* ou decidirá *ex aequo et bono* somente se as partes tiverem acordado em conferir-lhe tais poderes.” (Negrito nosso). Disponível em: [http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/Court/Arbitration/other/2012\\_Arbitration%20and%20ADR%20Rules%20PORTUGUESE.pdf](http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/Court/Arbitration/other/2012_Arbitration%20and%20ADR%20Rules%20PORTUGUESE.pdf)

#### 4. Princípios Relativos aos Contratos do Comércio Internacional do *UNIDROIT* e dos *Principles of European Contract Law* (PECL).

Destacam-se dois marcos importantes para a evolução da *lex mercatória*: a publicação dos Princípios *UNIDROIT* e dos PECL, instrumentos, não vinculativos (*soft Law*), harmonizadores, unificadores e, tendencialmente uniformizadores da contratação internacional.

##### a)- Princípios Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais (**UNIDROIT**)

A sua primeira edição foi aprovada pelo Conselho de Direção do UNIDROIT (Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado, com sede em Roma) (19) no ano de 1994, e publicada em diversas línguas (espanhol, italiano, francês, inglês, alemão, e uma versão em língua portuguesa publicada pelo Ministério da Justiça)<sup>249250</sup> que, para além das disposições gerais, incluía regras sobre a formação, interpretação, conteúdo, validade, o cumprimento e incumprimento. Na sua segunda edição, aprovada em Abril de 2004, foram acrescentados cinco capítulos sobre a representação, o contrato a favor de terceiro, compensação, assunção de dívidas, cessão de créditos e transmissão da posição contratual e a prescrição.<sup>251</sup> Já na sua terceira edição acrescentou-se disposições sobre a restituição no caso de contratações frustradas, ilegalidade, condições, e pluralidade de devedores e de credores, e algumas alterações aos comentários feitos ao artigo 1.4 da 2.<sup>a</sup> edição.

Constituem um sistema de princípios e regras, e critérios ou soluções jurídicas que um grande grupo de especialistas<sup>252 253</sup> pertencentes a culturas jurídicas e a experiências

---

<sup>249</sup> Ver Princípios Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais, versão provisória em língua portuguesa, (Lisboa), Ministério da Justiça, 2000.

<sup>250</sup> Na 3.<sup>a</sup> edição contamos com uma versão oficial em português. “Translation by Professor Lauro Gama, Jr. (Professor of Law, Catholic University of Rio de Janeiro PUC-RIO; Senior Partner, Binenbojm, Gama & Carvalho Britto Advogados; Member of the Working Group for the preparation of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts).” Disponível em: <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/translations/blackletter2010-portuguese.pdf>

<sup>251</sup> BONELL, M. J. – **The New Edition of the Principles of International Commercial Contracts adopted by the International Institute for the Unification of Private Law**, Uniform Law R. 9: 5-40. 2004.

<sup>252</sup> Académicos, magistrados, advogados etc.

<sup>253</sup> *Professorenrecht* (Direito dos professores)

profissionais distintas,<sup>254</sup> entendeu serem comuns aos principais sistemas jurídicos nacionais (senão em todos) e mais adequados “às exigências do comércio internacional. “<sup>255256</sup>“Nalguns pontos (...) propõem-se soluções consideradas pelos seus autores como as melhores, mesmo que não sejam as mais praticadas”<sup>257</sup> Apresentando-se inovadores, em alguns domínios.<sup>258259</sup>

Sendo aplicáveis, quando as partes aceitem submeter o seu contrato aos “Princípios UNIDROIT (2010)”, “princípios gerais de Direito”, à “*Lex mercatória*” ou a “outra fórmula similar”,<sup>260</sup> e quando não seja possível determinar o critério pertinente da lei aplicável ao caso.<sup>261</sup>

Quando se recorre a este instrumento para disciplinar o contrato, é aconselhável apor uma cláusula de acordo arbitral, no sentido de transcender, eficazmente, o contrato das *amarras* dos direitos nacionais.<sup>262</sup>

Segundo o conteúdo do mesmo texto a decisão do Conselho de Administração de avançar com este projeto remonta a 1971.<sup>263</sup> Um comité piloto composto pelos professores *René*

---

<sup>254</sup> Prologo à edição de 1994

<sup>255</sup> Comentário ao Preâmbulo (n.º 4 a). 2.ª Edição.

<sup>256</sup> “Foi dada especial atenção às codificações mais recentes (o “Uniform Commercial Code” e o “Restatement of the law of contracts” dos Estados Unidos, o Código Civil argelino de 1975, a lei chinesa de direito contratual económico estrangeiro e os trabalhos preparatórios do Código Civil holandês e do Québec) e, a nível internacional, à “United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods” (a seguir: “CISG”) e a instrumentos de auto-regulação de utilização muito difundida.” In PEREIRA, Teresa Silva - Proposta de reflexão sobre um Código Civil Europeu, Artigos doutrinários da Ordem Dos Advogados, Publicações > [Revista](#) > Ano 2004 > Ano 64 - Vol. I / II - Nov. 2004, (I.1.2. Fontes) Disponível em: [http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe\\_artigo.aspx?idc=31559&idsc=45841&ida=47182](http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=31559&idsc=45841&ida=47182).

Consultado em: 19-02-2012. (Negrito nosso)

<sup>257</sup> In Mário Raposo - Temas de arbitragem comercial [Lex Mercatória], Início > Publicações > Revista > Ano 2006 > Ano 66 - Vol. I - Jan. 2006 > Doutrina. Disponível em: [http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe\\_artigo.aspx?idc=31559&idsc=47773&ida=47824](http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=31559&idsc=47773&ida=47824)

Consultado em: 22-02-2012

<sup>258</sup> In *idem*. [I.1.5. Conteúdo].

<sup>259</sup> Incluiu fórmulas como: *hardship* ou *à gross disparity*. Ver SERAGLINI, Christophe - **Du bon usage des principes Unidroit dans l'arbitrage international**, na Rev. Arb., 2003, pp. 1101 – 1166, em especial p. 1104

<sup>260</sup> Comentário ao Preâmbulo [n.º 4 a]

<sup>261</sup> Comentário ao Preâmbulo [n.º 4 a, c] e parágrafos n.ºs 2, 3, 4 e 8 do Preâmbulo.

<sup>262</sup> No mesmo sentido Comentário ao Preâmbulo [n.º 4 a]

<sup>263</sup> Incluiu na mesa de trabalhos um “essai d’unification portant sur la partie générale des contrats (en vue d’une codification progressive du droit des obligations ‘Ex contractu’)” - UNIDROIT 1971, C.D. 50.a Sessão, p. 93; A ideia inicial terá surgido na comemoração dos 40 anos do UNIDROIT. Ver Michael

David, Clive M. Tudor Popescu Schmitthoff, representando os sistemas de tradição jurídica romanística, de *Common Law*, e os países socialistas, fora responsável pela realização de estudos preliminares sobre a possibilidade de um projeto com estas características. Já em 1980, estabelece-se um grupo de trabalho especial para proceder à escrita dos projetos de capítulos. O grupo, composto por representantes dos principais sistemas jurídicos do mundo, era composto por especialistas de renome no domínio do direito dos contratos e, também, do direito do comércio internacional. O grupo nomeou os escritores dos diferentes capítulos dos Princípios, encarregando-os de apresentar os projetos e os comentários. Esses projetos foram discutidos pelo grupo e remetidos a especialistas, incluindo numerosos correspondentes de UNIDROIT em todo o mundo. Para além do mais, o Conselho deu o seu parecer sobre a política a seguir, especialmente nos assuntos de difícil consenso. Os trabalhos ficaram concluídos em Fevereiro de 1994, em Maio do mesmo ano, o texto fora remetido para aprovação ao corpo científico máximo do Instituto.<sup>264</sup>”Os Princípios foram, finalmente, publicados sob direção do Professor Michael Joachim Bonell.”<sup>265</sup> A Comissão de redação tem sido responsável pelo trabalho editorial, assistida pela secretaria.<sup>266</sup>

O objetivo fundamental destes princípios é de estabelecer um conjunto de regras a ser utilizadas em todo o mundo independentemente das específicas tradições jurídicas, condições económicas e políticas dos países. Nesta linha de raciocínio, fita a universalidade.<sup>267</sup>

Reconhecem a liberdade contratual, os usos, o favor *contractus*, boa-fé objetiva e o “*fair dealing*”, e promovem o combate à injustiça contratual.<sup>268</sup>

---

Joachim Bonell, - The UNIDROIT Initiative for the Progressive Codification of International Trade Law, 27 The International and Comparative Law Quarterly, 1978, p. 413.

<sup>264</sup> In PEREIRA, Teresa Silva - Proposta de reflexão sobre um Código Civil Europeu, **Artigos doutrinários da Ordem Dos Advogados, Publicações > Revista > Ano 2004 > Ano 64 - Vol. I / II - Nov. 2004, (I.1.1. Método) Disponível em: [http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe\\_artigo.aspx?idc=31559&idsc=45841&ida=47182](http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=31559&idsc=45841&ida=47182).**

**Consultado em: 19-02-2012**

<sup>265</sup> In *Ibidem* e obra citada.

<sup>266</sup> Prologo à edição de 1994

<sup>267</sup> In *Ibidem*

<sup>268</sup> Respetivamente: 1.1; 1.9; p. ex. 7.3.1 (1); 1.7; e, entre outros, 7.1.6 / 7.1.7 (1) dos Principios UNIDROIT 2010.

Os Princípios UNIDROIT demonstram o quão transnacional são pelo fato de não recorrer a uma terminologia própria de um sistema jurídico determinado. Os comentários que acompanham cada disposição não fazem referência aos direitos nacionais para explicar a solução jurídica acolhida (Somente quando reproduzem a CISG – Convenção das Nações Unidas sobre os Contratos de Venda Internacional de Mercadorias).<sup>269</sup>

No que tange às questões de mérito os Princípios são flexíveis o suficiente para se adaptarem às mudanças operadas pelo desenvolvimento tecnológico e económico na prática comercial transnacional, basta mencionar a abertura aos usos e costumes do comércio transnacional (art. 1.9 dos Princípios UNIDROIT). Simultaneamente procuram assegurar a equidade nessas relações estabelecendo, o dever das partes atuarem segundo os ditames da boa-fé, impondo, em alguns casos, critérios de razoabilidade.

Trata-se de um instrumento que por um lado não necessita de ser aprovado ou ratificado pelos Estados para dele recorrer como forma de disciplinar os contratos transnacionais, por outro lado não reveste natureza de *hard law*, mas antes, constitui *soft law*, *droit assourdi*, ou direito flexível.

Tendo em linha de conta o texto introdutório feito à edição de 2004, **“os Princípios UNIDROIT foram acolhidos favoravelmente na prática não dando lugar a particulares dificuldades na sua aplicação”, isto, segundo a “casuística” e a bibliografia da base de dados UNILEX.**<sup>270</sup> Pelo que, se procedeu à sua ampliação.

De acordo com o texto de introdução à edição de 1994 a Iniciativa de UNIDROIT para a criação dos Princípios sobre os contratos de comércio internacional vai no sentido de elaborar um *restatement* internacional.<sup>271</sup>

Segundo Lima Pinheiro os Princípios não constituem uma codificação privada da *lex mercatória*<sup>272</sup> ou algo de comparável aos *Restatement*” jurisprudencial (arbitral), seja na

---

<sup>269</sup>*In Ibidem*

<sup>270</sup> Consultar «[www.unilex.info](http://www.unilex.info)» . Negrito nosso.

<sup>271</sup> Ver Introdução à Edição de 1994 na 2.ª edição dos Princípios da UNIDROIT.

dita visão tradicional ou moderna. Para esta, aquele não se limitava à sistematização do Direito jurisprudência, como naquela visão, antes corresponderia à” opinião qualificada de alguns dos mais eminentes académicos sobre o Direito que deve ser aplicado atualmente por um tribunal esclarecido”.<sup>273</sup>

No entendimento deste Professor, estes Princípios também não poderiam ser considerados “*Restatement* do Direito dos contratos à escala mundial, uma vez que a pluralidade de sistemas jurídicos nacionais é incompatível com uma consolidação universal”.<sup>274</sup> Atenta, por um lado, para ao grau de independência dos sistemas jurídicos e à heterogeneidade das soluções jurídicas apresentadas por estes, e por outro lado, em matéria de contratos de comércio internacional “também vigoram regras e princípios autónomos de Direito Transnacional que podem divergir, em maior ou menor medida, das soluções nacionais.

Entendemos, salvo o devido respeito, que para compreender a intrínseca finalidade, seja direta ou indireta, destes Princípios, em forma de tratado, devemos apelar a uma especial sensibilidade, pois eles condensam uma realidade jurídica constituída, diga-se por critérios jurídicos, tendo por base determinados caracteres jurídicos e económicos, essenciais que não devermos ignorar. Passamos a expor:

- A perspetiva transnacional;
- A supranacionalização do contrato transnacional;
- A eficiência e a universalidade;
- Respeito pelas exigências do comércio transnacional e pela prática dos seus operadores<sup>275</sup>;
- Relevância para o comércio transnacional da unificação de determinados critérios jurídicos;
- Importância de se promover a uma inovação na estrutura da *lex mercatória*, dando-lhe uma solidez que até então ela não teria.<sup>276</sup>

---

<sup>272</sup> Em sentido diferente, do qual partilhamos, pelo menos parcialmente.

<sup>273</sup> LIMA PINHEIRO, - **Direito Comercial Internacional**, ob cit. p. 195.

<sup>274</sup> *In Ibidem*, p.196

<sup>275</sup> Servindo de guia de regulação contratual. *In* CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., - **Curso de Contratación Internacional**. Madrid: Editorial Colex, 2003. p. 55/56.

<sup>276</sup> Não esqueçamos as vezes que ela é mencionada no diploma. Desde o Preâmbulo (3.º parágrafo), nos comentários [4 b] na 2.ª edição (...), e no art. 1.9.

Concretizando-os, esses critérios, por forma, que consideramos, consonante com o funcionamento do comércio internacional e com o processo legislativo nacional e internacional, assim:

- Recorrendo a um método flexível, dominar a opinião jurídica através do jogo de influência nos sistemas nacionais e no internacional, podendo servir de modelo jurídico de regulação;<sup>277</sup>
- Disponibilizar-se como mecanismo interpretativo e integrativo dos instrumentos internacionais de direito uniforme e dos direitos nacionais, servindo, também, aos tribunais judiciais<sup>278</sup> e arbitrais.<sup>279</sup>
- Estão presentes neste tratado critério de retidão comportamental dos operadores mercantis.

Em especial na arbitragem:

- Pode constituir o “sistema jurídico” do contrato comercial transnacional;
- Traduz uma fonte de equidade.<sup>280</sup>

Desta forma, estes Princípios consolidam e sistematizam, ainda que não na totalidade, alguns dos princípios e regras estruturantes, da nova *lex mercatória*, fundamentalmente, a Boa-fé e as suas principais manifestações, que adquirem, assim, uma nova natureza, mais evoluída.<sup>281</sup>

---

<sup>277</sup> Preâmbulo n.ºs 7, ver, também, comentário [7]

<sup>278</sup> Ressalvando que as partes terão acolhido no respetivo instrumento contratual.

<sup>279</sup> Preâmbulo n.º 5 e 6, ver, também, comentário [4c, 5, 6 e 8]

<sup>280</sup> In CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., - **Curso de Contratación Internacional**. Ob cit. p. 55-56.

<sup>281</sup> O entendimento que a nova *Lex Mercatória* seria, apenas, Direito espontâneo gerado pelos operadores do comércio transnacional à revelia dos Direitos nacionais, já não colhe na sua totalidade, visto que essa espontaneidade não permitiria a criação de um Direito que a partir de si ganhasse aplicabilidade efetiva. «Como diz Eric Loquin(...) a nova *lex mercatoria* vai absorvendo normas providas de fontes convencionais. A *lex mercatoria* “é menos uma lista de regras que uma selecção de regras”(...). E muitas dessas regras provêm de outras fontes que o mero direito espontâneo gerado pelos operadores de comércio internacional.» In Mário Raposo - Temas de arbitragem comercial [Lex Mercatória], Início > Publicações > Revista > Ano 2006 > Ano 66 - Vol. I - Jan. 2006 > Doutrina. Disponível em: [http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe\\_artigo.aspx?idc=31559&idsc=47773&ida=47824](http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=31559&idsc=47773&ida=47824)  
Consultado em: 22-02-2012

Ainda que estes princípios não se autoproclamem *lex mercatória*, todavia, denominam-se de direito anacional ou supra nacional (atente-se a sua visão transnacional do comércio).<sup>282</sup>

Não esqueçamos, também, que a nova *lex mercatória* assimilara ao longo dos tempos alguns princípios que constituíram norte de ação para as regras da prática mercantil, que no nosso entendimento, traduzem, manifestações do Direito Natural,<sup>283 284 285</sup> por contraposição com o Direito considerado “Artificial” (ainda que legítimo).

Basta refletir sobre a expressão “acordo de cavalheiros”, e questionar onde esta expressão foi beber o critério retor fundamental e deparamos que está explícito aqui o princípio da boa-fé, e as suas decorrências como a *pacta sunt servanda*, a importância também reconhecida à autonomia da vontade, (...) <sup>286</sup> Pelo que, ainda que indiretamente, os princípios UNIDROIT em certa medida, terão condensado alguns dos princípios que terão servido como forma de “*heterointegração*” jurídica desta realidade, que efetivamente, ao longo dos anos, a par do seu corpo e dimensão, tem ganho um peso e estrutura cada vez mais vinculados [muito, também, graças ao labor deste Instituto e outros organismos privados]. Consideramos os princípios UNIDROIT uma feliz ilustração dos afloramentos mercantis no mundo. Não olvidemos, também, o passado. O período do positivismo exacerbado, que culminou com a codificação da *Lex Mercatória*,

---

<sup>282</sup> Ver comentário ao Preâmbulo [4c]

<sup>283</sup> Sobre o Direito Natural ver. ELLSCHEID, - **O problema do direito natural. Uma orientação sistemática**, in KAUFMANN/HASSEMER (Eds), - **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas** (trad. port., Lisboa 2002), pp 211 e ss

<sup>284</sup> Segundo CASTRO MENDES, “**direito que devia vigorar** (...) aquele núcleo que devia valer como direito em qualquer sociedade humana.” In CASTRO MENDES, J. – **Introdução ao estudo do direito**, 3.ª Ed. Lisboa, 2010. pp. 25 e 26, especialmente a p. 25.

<sup>285</sup> Sobre a noção de Direito Natural, já, Cícero considera existir “uma *lei verdadeira*, que é a *reta razão*, que concorda com a natureza, *difusa em todos*, imutável e eterna; que nos reclama imperiosamente o cumprimento dos nossos deveres e que nos proíbe a fraude e nos afasta dela; cujos preceitos e proibições o homem bom (*honestus*) acatará sempre, enquanto que os perversos lhe serão surdos. Qualquer correção a esta lei será sacrílega, não sendo permitido revogar alguma das suas partes; não podemos ser dispensados dela nem pelo Senado nem pelo povo; *não é necessário encontrar um Sextus Aelius para a interpretar*; esta lei não é uma em Atenas e outra em Roma; mas é a única e mesma lei, imutável, eterna e que abrange em todos os tempos todas as nações. *Um Deus único, senhor e imperador de todas as coisas*, por si só, imaginou-a, deliberou-a e promulgou-a [...]”. In HESPANHA, António Manuel, - **Cultura Jurídica Europeia, Síntese de um milénio**, ob cit., p. 210, nota 347.

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

<sup>286</sup> Nas fontes desenvolveremos melhor esta problemática.

permitiu solidificar uma realidade dinâmica, e nessa tentativa, certamente, ficaram resquícios fundamentais, que, seguramente, agora constituem pilares, estruturantes, do direito civil e em especial do direito comercial.<sup>287</sup>

Os restantes critérios, referimo-nos àqueles mais desenvolvidos, mais específicos, interpenetram na estrutura da *lex mercatória* através das práticas mercantis – se e quando os mercadores os incorporam, total ou parcialmente, nos seus contratos, potenciando a criação de costume transnacional – e da jurisprudência arbitral – tendo em conta o prestígio e adequação daqueles, servirão de base às decisões arbitrais, quando aplicáveis, permitindo, em última linha, a criação de costume jurisprudencial – florescendo, assim, da base do comércio transnacional.<sup>288 289</sup>

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

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

É verdade, no entanto, que na *Commonwealth* e, mesmo, noutros sistemas jurídicos, o princípio da Boa-fé (*ex máxime*), pode não desempenhar a mesma função em termos contratuais que nos diversos ordenamentos jurídicos dos países romano-germânicos (no qual se enquadra o português), desconsiderando, no que tange a estes últimos, situações que em princípio subsumir-se-iam, em abstrato, nas condutas contrárias àquele princípio. Todavia, há que atender ao carácter transnacional dos princípios mais uma vez, e perder a ligação aos nacionalismos, pois, se a tal nos apelar o contrato, já não estaremos a falar de um com uma natureza verdadeiramente transnacional, mas, por ventura, transfronteiriça, em relação ao qual alguns caracteres poderão sugerir a aplicação de

---

<sup>287</sup> *In Idem*.

<sup>288</sup> Um raciocínio semelhante. LIMA PINHEIRO, Direito Comercial Internacional, ob cit. p. 196 -197

<sup>289</sup> Para tal ver OLIVEIRA ASCENÇÃO, - **o direito. introdução e teoria geral**, 13.<sup>a</sup> edição, lisboa, 2005, p.324; REHBINDE, Manfred, - **Einführung in die rechtswissenschaft**. 6.<sup>a</sup> edição do manual de b. rehfeldt, berlin e nova iorque. 1988. p.13; LARENZ, K. - **Methodenlehre der rechtswissenschaft**, 6.<sup>a</sup> edição, berlin et. al. 1991.p. 433, LARENZ, Karl/ CANARIS, Claus-Wilhelm, - **Methodenlehre der rechtswissenschaft**, 3.<sup>a</sup> edição, berlin et al., 1995.p. 258 e ss.. .Comparar com. STEIN, Ursula, - *Lex mercatória, realitat und theorie*, francoforte-sobre-o-meno, 1995. pp. 162 e ss. e 175 e ss.

princípios ou regras de Direito nacional, seja por via direta ou indireta. Contudo, não esqueçamos o caráter integrativo dos Princípios UNIDROIT que, concomitantemente, não se impõem, podendo servir de modelo orientativo para as partes e para o intérprete / julgador. Finalmente, atentemos para a sua natureza equitativa, direcionada para os interesses, necessidades dos operadores do comércio transnacional.

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

#### **b) - Principles of European Contract Law (PECL)**

Parte dos membros do UNIDROIT participaram também na Comissão *ad hoc* denominada de Lando<sup>290</sup> (Comissão sobre o Direito Europeu dos Contratos), pelo que existe uma certa coordenação entre estes grupos<sup>291</sup>, sem que exista, no entanto, uma latente concorrência entre os critérios jurídicos produzidos.<sup>292</sup>

Aliás, no que tange ao âmbito material eles divergem. Assim, os Princípios UNIDROIT restringem-se aos contratos comerciais e internacionais,<sup>293</sup> já, os PECL aplicam-se a

---

<sup>290</sup>Formou-se sob o seu impulso, apoiado pela Comissão CE (agora UE) e um conjunto de particulares. Ver, LANDO, O. / BEALE, Hugh, - **The Principles of European Contract Law**, Dordrecht, Boston e Londres, 1995. ix e ss. e LANDO, O. (ORG.), - **Principles of European Contract Law. Parts I & II Combined and Revised**, Dordrecht, Boston e Londres, 2000; **The Principles of European Contract Law and the lex mercatoria**, in Private Law in the International Arena. Liber Amicorum Kurt Siehr, 391-404, A Haia, 2000; LANDO, O. - **Principles of European Contract Law. An Alternative or a Precursor of European Legislation**, *RabelsZ.* 56: 261-273. 1992.

<sup>291</sup> Desta forma, os presidentes, assim como Denis Tallon e Ulrich Drodgig.

<sup>292</sup> “[T]he two instruments in actual practice not only do not overlap but may well coexist and play equally important, but not interchan-geable, roles”. BONELL, Michael Joachim, - **The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purposes?**, 26 *Uniform Law Review* (1996), p. 229 (246).

<sup>293</sup> Ver comentário ao Preâmbulo dos princípios UNIDROIT [3]. Assim, ainda que tenham sido concebidos para os contratos mercantis internacionais, não existe nenhum impedimento para que os particulares possam aplica-los a contratos estritamente internos ou nacionais. “ No entanto, o acordo estará “sujeito às normas imperativas do país cujo ordenamento jurídico seja aplicável ao contrato.”

todos os tipos de contrato, incluindo as transações de carácter puramente doméstico. Já ao nível territorial, enquanto os Princípios UNIDROIT são, tendencialmente, universais, os PECL limitam-se aos Estados-Membros da UE, **ainda que não existam impedimentos que impeçam Estados extra UE de recorrer a eles**. Aliás, excepcionando as relações com os consumidores, é cada vez mais difícil falar de um direito contratual especificamente europeu.<sup>294 295</sup>

A título comparativo, muitos são os artigos constitutivos dos Princípios UNIDROIT que têm critérios correspondentes nos PECL (pelo menos 70).<sup>296</sup>

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

Há, também, divergências, quer de natureza técnica,<sup>297</sup> que corresponde à maior parte, quer, ainda, de natureza política<sup>298</sup> e matérias que constam apenas nuns e não noutros.

---

<sup>294</sup>Sobre o carácter progressivo dos PECL. *In Lando / Beale*, ob cit. xvi

<sup>295</sup> Gostaríamos de mencionar, todavia, que estes princípios poderão servir de base a um futuro código europeu dos contratos e para a edificação de uma verdadeira “infraestrutura” para a legislação, em matéria contratual, da União Europeia. *In Ibidem*, xvi e ss. Aliás, o reflexo dessa evolução está na criação de uma Quadro Europeu Comum de Referência em matéria de contratos (QFR).

<sup>296</sup> Tendo em conta as limitações da análise feita pela autora. ***In PEREIRA, Teresa Silva - Proposta de reflexão sobre um Código Civil Europeu, Artigos doutriniais da Ordem Dos Advogados, Publicações > Revista > Ano 2004 > Ano 64 - Vol. I / II - Nov. 2004. [1.2.6.2. Os PECL e os Princípios UNIDROIT] Disponível em: [http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe\\_artigo.aspx?idc=31559&idsc=45841&ida=47182](http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=31559&idsc=45841&ida=47182). Consultado em: 19-02-2012***

<sup>297</sup> Ilustramos alguns dos exemplos: os Princípios UNIDROIT acolheram a teoria da receção para quaisquer notificações existentes entre as partes [art. 1.9 (2)], já os PECL adotaram a teoria do envio a operar nos casos de notificação que tenha como origem o incumprimento [art. 1:303 (4)]; os Princípios UNIDROIT para os casos de o terceiro não poder ou não querer proceder à fixação do preço, este deverá ser razoável [art. 5.7 (3)], os PECL consideram sob presunção que as partes atribuem competência ao tribunal no sentido de que este proceda à nomeação de uma outra pessoa que o irá determinar [art. 6:106 (1)]; os Princípios UNIDROIT, no caso de impossibilidade total e permanente [absoluta] dispõem que a cessação do contrato dependerá da iniciativa das partes [art. 7.1.7 (4)], já, os PECL estatuem a cessação automática [art. 9:303 (4)]; Ver nota 56 ***In PEREIRA, Teresa Silva - Proposta de reflexão sobre um Código Civil Europeu, Artigos doutriniais da Ordem Dos Advogados, Publicações > Revista > Ano 2004 > Ano 64 - Vol. I / II - Nov. 2004. Disponível***

Decorre do preâmbulo dos Princípios UNIDROIT, no seu 3.º parágrafo, que o contrato transnacional, se as partes acordarem, poderá ser “regulado pelos princípios gerais de direito, pela *Lex Mercatória*, ou similares.”<sup>299</sup> O mesmo se passa com os Princípios do Direito Europeu dos Contratos (PECL). Podendo ser aplicados quando as partes aceitam que o contrato seja regimentado pelos princípios gerais de Direito, *Lex Mercatória* ou fórmula similar, ou mesmo quando as partes não escolham o sistema ou as regras disciplinadoras do mesmo contrato. (art.º 1:101 (2) e (3)).<sup>300 301</sup>

A propósito, quando as partes tenham feito referência ou à *Lex Mercatória*, ou a uma fórmula semelhante, a aplicação, seja dos princípios UNIDROIT, seja dos princípios LANDO, depende da interpretação feita à cláusula de *electo iuris*.<sup>302</sup> Desta feita, é espetável que um operador [médio] do comércio transnacional considere tanto as

---

em:[http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe\\_artigo.aspx?idc=31559&idsc=45841&ida=47182](http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=31559&idsc=45841&ida=47182).

Consultado em: 19-02-2012

<sup>298</sup> “As diferenças de natureza política dependem do facto dos corpos de princípios terem âmbitos de aplicação diferentes. Assim, por se aplicarem apenas a contratos comerciais, os Princípios UNIDROIT referem-se ao dever de actuar conforme à boa fé e ao “fair dealing” no comércio internacional (art. 1.7), enquanto nos PECL este dever é citado em termos gerais (art. 1:201); também quanto aos usos, se referem os Princípios UNIDROIT aos amplamente conhecidos e regularmente observados no comércio internacional pelas partes envolvidas num determinado tipo de comércio (art. 1.8(2)). Já os PECL consideram que as partes estão vinculadas pelos usos geralmente aplicáveis por pessoas na mesma situação das partes (1:105 (2)). Existem diferenças que decorrem do facto dos Princípios UNIDROIT se aplicarem apenas a contratos entre comerciantes ou outros profissionais. Os PECL, por exemplo, limitam algumas disposições a situações em que as partes sejam profissionais e prevêm a hipótese de eliminação de cláusulas contratuais não negociadas individualmente por serem injustas e afectarem o equilíbrio entre as partes (art. 4:110). Um outro tipo de diferenças resulta do âmbito internacional dos Princípios UNIDROIT. Assim, no tocante aos modos de pagamento, os PECL estipulam que uma obrigação monetária expressa numa unidade monetária diferente daquela em vigor no lugar do pagamento pode sempre ser paga na unidade monetária do lugar do pagamento à taxa de câmbio corrente, a não ser que as partes tenham estipulado que o pagamento apenas pode ser feito na unidade monetária acordada (art. 7:108 (1)(2)) e os Princípios UNIDROIT acrescentam ainda o caso da unidade monetária do lugar de pagamento não se poder converter livremente (art. 6.1.9(1)(a)), por ser esta ainda a situação em alguns países.” Ver nota 57 in PEREIRA, Teresa Silva - Proposta de reflexão sobre um Código Civil Europeu, **Artigos doutrinários da Ordem Dos Advogados, Publicações > Revista > Ano 2004 > Ano 64 - Vol. I / II - Nov. 2004. Disponível**

em:[http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe\\_artigo.aspx?idc=31559&idsc=45841&ida=47182](http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=31559&idsc=45841&ida=47182).

Consultado em: 19-02-2012

<sup>299</sup> Princípios UNIDROIT relativos aos contratos comerciais internacionais 2010. Translation by Professor Lauro Gama, Jr. (Professor of Law, Catholic University of Rio de Janeiro PUC-RIO; Senior Partner, Binenbojm, Gama & Carvalho Britto Advogados; Member of the Working Group for the preparation of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts).

<sup>300</sup> Ver no caso de lacunas do sistema ou das regras utilizadas, a possibilidade integrativa dos Princípios no art. 1.101 (4).

<sup>301</sup> Convém atentar que prefiguramos esta hipótese, por forma mais segura, em sede arbitral, atentando ao distanciamento, pelo menos a título de direito substantivo, da lei nacional.

<sup>302</sup> Ver CANARIS, Claus-Wihlelm, - **Stellund der “UNIDROIT“Principles, und der Principles of European Contract Law**, p. 27.

práticas, usos e costumes do comércio transnacional, as regras elaboradas pelas diversas organizações profissionais [em destaque, aquelas no setor específico de ação do contrato],<sup>303</sup>

Conforme já fora abordado para os Princípios UNIDROIT, estes princípios partilham com os PECL de algumas características que para *Godé*, traduzem o seu sucesso. O facto de nenhum dos instrumentos ter carácter obrigatórios – tendo natureza jurídica de *Soft Law* - de não terem sofrido a influência pelos diversos governos e de não constituírem qualquer ameaça para as ordens jurídicas estaduais.<sup>304</sup>

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

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

O projeto inicial dos princípios *Lando* surgiu em 1980. A primeira comissão (Lando) reuniu-se de 1980 até 1990, periodo durante o qual foram discutidas as bases para a elaboração dos princípios. Esses princípios foram adotados pela supra indicada Comissão em 1990. Todavia, somente uma segunda comissão, entre 1992 até 1996, termina a redação das Partes I e II dos Princípios. Na data de 1995, fora publicada a Parte I onde contam os Princípios relativos à execução, inexecução e meios de defesa [*remedies*]. Em 1999, foram publicadas a Parte I, revista, e a Parte II, que abarca a formação do contrato, a representação, a validade, interpretação, conteúdo, execução, inexecução e meios de defesa [*remedies*]. De 1997 até 2001, foram realizadas mais reuniões, estas tendo como objetivo redigir a terceira parte dos Princípios Lando que irá complementar as partes I e II. Em 2003, foi publicada a Parte III relativa à pluralidade de

---

<sup>303</sup> Ver art. 1.9 dos Princípios UNIDROIT

<sup>304</sup> GOODE, Roy, Communication on European Contract Law (reacção à Comunicação da Comissão). Disponível em: [http://europa.eu.int/comm/consumers/cons-int/\\_safe-shop/fair-bus-pract/control/comments/academics/index-en.htm](http://europa.eu.int/comm/consumers/cons-int/_safe-shop/fair-bus-pract/control/comments/academics/index-en.htm), p. 5. Consultado em: 19-02-2012

partes, cessão de créditos, transmissão da posição contratual, compensação, prescrição, ilegalidade, condições e capitalização de juros.<sup>305</sup>

Consideramos, no que respeita à posição assumida quanto à natureza dos Princípios UNIDROIT, o mesmo entendimento, embora com as necessárias adaptações, tendo em conta as limitações geopolíticas evidentes, para os Princípios LANDO. Aliás, tantos são mais os elementos que os unem que os elementos que os separam.<sup>306 307</sup>

---

<sup>305</sup> LIMA PINHEIRO, - **Direito Comercial Internacional**, p. 193.

<sup>306</sup> Basta atentarmos ao princípio da autonomia da vontade, a importância reconhecida à certeza e segurança jurídicas e à justiça.

<sup>307</sup> Segundo Lando os PECL, nas transações realizadas, pelo menos, entre uma parte extra UE poderiam ser aplicados como Lex Mercatória. Ver LANDO, O. - **The Principles of European Contract Law and the lex mercatoria**, p. 391 (397).

## Capítulo IV- Fontes da *New Law-Merchant*

Passamos agora a expor os mais marcantes elementos constitutivos da *New Law-Merchant*.<sup>308 309</sup>

- 1- Os usos e costumes do comércio internacional.<sup>310 311 312</sup> Implicam uma prática reiterada e constante, mais a *opinion iuris* dos membros da sociedade mercantil. Tornando-se exigível quando a sua aceitação se generaliza.<sup>313314315</sup> Certamente, a fonte pura e genuína, mas também a mais fluida e deveras mutável, acompanhando o *pulso* do comércio transnacional. Não obstante a sua volatilidade e dificuldade de prova da sua existência, têm sido recompiladas

---

<sup>308</sup>Podemos considera-los *fontes*. De onde brotam todas as formas de disciplina apositiva mercantil transnacional. Ou, no fundo, critérios jurídicos da nova lei dos mercados.

<sup>309</sup>Uma parte, muito reduzida, da nova *lex mercatória* foi positivada pela via consuetudinária ou pela atividade normativa de alguns centros autónomos. Todavia, consideramos que nem por isso na sua prática mercantil transnacional deixara de ser recorrentemente utilizada, pelo que iremos, também, considera-la no nosso estudo.

<sup>310</sup> Como sabemos existe uma distinção, mais ou menos, precisa da ideia de uso e de costume, entre nós, PIREZ DE LIMA, F. A. / ANTUNES VARELA J. M., *Noções*, I, pp., 109-110; GALVÃO TELLES, *Introdução ao Estudo do Direito*, I, pp. 81 e 96; DIAS MARQUES, J. *Introdução ao Estudo do Direito*, p. 206; CASTRO MENDES, J. *Introdução ao Estudo do Direito*, p. 184 e n.º 1; OLIVEIRA ASCENÇÃO, *O DIREITO*, pp. 218-219, 230-232; BAPTISTA MACHADO, J. *Introdução*, pp. 158-159, 161, ver *in fine*. MENEZES CORDEIRO, A. *COSTUME*, Enc. Polis, I, p. 1349.

<sup>311</sup> Diversos autores, defensores da *Lex mercatória*, qualificam estas regras de direito consuetudinário. Todavia, há autores que consideram que melhor será optar pela expressão *usos* quando pretendem referir-se à disciplina de origem costumeira, por duas ordens de razão: a primeira porque a distinção entre uso e costume é difícil devido aos obstáculos tidos pela busca de uma fronteira absoluta; a segunda, pelo facto de a expressão *usos*, ter sido, recorrentemente utilizada na sua aceção ampla, abarcando, assim, o fenómeno costumeiro. Neste sentido e tendo em consideração, somente, a prática arbitral e o enquadramento real da jurisprudência francesa. Ver. FOUCHARD, Ph. - *Les usages, l'arbitre et le juge*, *ob cit.*, p. 68.

<sup>312</sup> Preferimos recorrer à expressão “usos e costumes”, englobando, com estas duas expressões, a prática mercantil mais vincada no comércio transnacional. A diferença está no grau e amplitude na aceitação dessas práticas, que será tanto maior, no caso do costume, e tanto menor, no caso do mero uso. Atentamos, todavia, para as características fundamentais destas práticas.

<sup>313</sup> Quando a lei de um Estado não se adapta às exigências do tráfico mercantil, os comerciantes não aguardam por forma passiva pela disciplina legal adequada, antes recorrem aos usos (*lato sensu*) *extra legem*, mais adequados àquelas exigências. O direito mercantil nasce por força do uso, não por impulso legislativo. MARTINEZ CAÑELLAS. A. – *Temas de derecho vivo*, Madrid: Civitas, 1978.

<sup>314</sup> Os usos mercantis que se traduzem em práticas reiteradas no mundo dos negócios, que revelam a observância por forma uniforme e generalizada de regras de conduta, ou *modus* de agir. ANTUNES, J. Engrácia, A. – *Direito dos Contratos Comerciais*, Coimbra: Almedina, 2009, p. 58

<sup>315</sup> Determinados ordenamentos jurídicos reconhecem a relevância dos “usos de comércio” no âmbito da contratação mercantil, como exemplo: o § 346 do “Handelsgesetzbuch” germânico. Para maiores desenvolvimentos, ver ANTUNES, J. Engrácia, A. “*Consuetudo Mercatorum*” como Fonte do Direito Comercial, *in*: 146 RDMIEF (2007), 7-22. *In nota* 52 ANTUNES, J. Engrácia, A. – *Direito dos Contratos Comerciais*, Coimbra: Almedina, 2009, p. 58

pelas diversas agências e organizações internacionais<sup>316</sup> [com a fundamental colaboração das associações profissionais e corporativas nacionais]<sup>317</sup> procurando superar a sua característica diversidade, procurando um tronco comum.<sup>318</sup><sup>319</sup> Um bom exemplo desse trabalho são os INCOTERMS<sup>320</sup> (ou termos do comércio internacional) regras oficiais da Câmara do Comércio Internacional (CCI)<sup>321</sup>, para a interpretação de termos comerciais nos contratos relativos a transações transnacionais.<sup>322</sup> <sup>323</sup> <sup>324</sup> Também as regras e usos uniformes sobre créditos documentários (CCI).<sup>325</sup><sup>326</sup><sup>327</sup> Existem, também, as

---

<sup>316</sup> DRAETTA, Ugo, - **Gli Usi del Commercio Internazionale nella Formazione di Contratti Internazionali**, in : DRAETTA, Ugo/ Vaccà, Cesare (dir.), “Fonti e Tipi del Contratto Internazionale”, Milão: EGEEA, 1991, p. 49-72.

<sup>317</sup> FOUCHARD, Ph, - **L’arbitrage comercial internationa**, Paris: Dalloz, 1965, p. 410. P. ex. London Corn Trade Association, Substituída pela Grain and Feed Trade Association Limited of London – MUSTILL, Lord Justice - **The New Lex Mercatória: The First Twenty- Five Years**, em Liber Amicorum for the Rt. Hon. Lord Wilberforce, Pc, CMG, OBE, QC, Oxford, Clarendon Press, 1987, p. 159, n.º 37; Outras associações nacionais. KAHN, Ph, La vente commerciale internationale, Paris: Sirey, 1961, p. 21; SIEHR, K, - Sachrecht im IPR, transnationales Recht und lex mercatoria, in W. Holl – U. Klinke, Internationales Privatrecht – Internationales Wirtschaftsrecht, Colónia/Berlim/Bona/Mogúncia, Carl Heymanns Verlag, 1985, p. 314 e n.º 63.

<sup>318</sup> Estudo sobre os usos e costumes do comércio internacional. KASSIS, A.: **Thèorie générale des usages de commerce**, LGDJ, Paris, 1984, pp. 159-220. Trata-se de um dos autores que nega o carácter substantivo da *Lex mercatória*.

<sup>319</sup> Constituinte aquilo a que podemos chamar usos codificados.

<sup>320</sup> Foi elaborada e publicada pela CCI em 1936 e sofreu sete revisões: 1953, 1967, 1976, 1980, 1990, 2000 e a versão 2010.

<sup>321</sup> Fundada em 1919.

<sup>322</sup> Especialmente para analisar das responsabilidades dos operadores envolvidos.

<sup>323</sup> Para Tetley, no âmbito do Direito privado a avaria geral, o salvamento, afretamento e seguro marítimo, constituem dos princípios mais antigos, elaborados como resposta às dificuldades do comércio marítimo. Terão sido difundidas pelos países de tradição anglo-saxónica ou romano-germanica. A necessidade de unificação provocou na Europa Medieval o surgimento da Lex mercatória transnacional, e como parte dela a *Lex marítima*. Sobre a história do Direito Marítimo e do “Almirantado”. In TETLEY, William. - **International Maritime and Admiralty Law**. Québec: Éditions Yvon Blais, 2002, p. 4.: p. 3-30.

<sup>324</sup> Ver sites: [www.iccwbo.org/](http://www.iccwbo.org/); e <http://www.icc-portugal.com/>.

<sup>325</sup> CCI - Uniform Customs and Practice for Documentary Credits/ /2007 Revision. 2007, pp. 66

<sup>326</sup> Adotadas em 1933, revistas em 1951, depois em 1962, mais tarde, em 1975, logo depois em 1983, seguidamente em 1993, em I e em 2007. In Revista > Ano 2007 > Ano 67 - Vol. I - Jan. 2007 > Doutrina, MENEZES CORDEIRO A., - **Créditos Documentários**. Disponível em: [http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe\\_artigo.aspx?idc=30777&idsc=59032&ida=59051](http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=30777&idsc=59032&ida=59051).

Consultado em : 19-02-2012

<sup>327</sup> I - As Regras e Usos Uniformes sobre Crédito Documentário (RUU) constituem direito dispositivo para o qual as empresas remetem a regulação das suas relações contratuais plurilocalizadas, ao abrigo do princípio da liberdade contratual, **enquanto expressão da denominada «lex mercatoria»**. II - A natureza jurídica dos créditos documentários, face à ausência da sua previsão legal, no ordenamento jurídico português, só pode ser encontrada, através do regime jurídico definido pelas RUU. Negritonosso. In Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 1ª SECCÃO, processo n.º 406/09.0YFLSB, em 22-09-2009.

regras uniformes relativas às cobranças (CCI) e as regras e usos uniformes para as garantias contratuais (CCI).<sup>328</sup>

Os usos e costumes do comércio internacional codificam-se, na maior parte das vezes, sectorialmente.

Esse processo passa pela especialização em diferentes setores do Direito Comercial Transnacional. Assim sendo: no âmbito das construções, a *Lex constructionis*;<sup>329</sup> no âmbito do comércio eletrónico, a *lex eletrónica, informática* ou *numérica*; no setor dos derivados do petróleo, gás e carvão, a *lex petrólia*,<sup>330</sup> também, no setor bancário, a *lex argentarium*, no que tange aos assuntos relacionados com o mar, a *lex marítima* (...)

- 2- Os modelos jurídicos.<sup>331</sup> - os contratos-tipo e os formulários *standard*.<sup>332</sup> Enquanto condições gerais da contratação transnacional, podendo corresponder a parte ou à totalidade do contrato. Constituem um mecanismo para a unificação de facto da nova *lex mercatória*.<sup>333</sup> Constituindo, para alguns autores, formas de expressão da prática mercantil.<sup>334 335</sup> Consideramos, todavia, que ainda que

---

<sup>328</sup> Sobre as regras as uniformes relativas às cobranças e as regras uniformes para as garantias contratuais. In SACARRERA, Guardiola, E. – **La Compraventa Internacional : Importaciones y exportaciones**. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, S.A., 1994, pp. 23-24

<sup>329</sup> MOLINEAUX, CH. – **Moving toward a Construction Lex Mercatoria: A Lex Constructionis**, Journal of International Arbitration, 1997, p. 56.

<sup>330</sup> BERGER, K., P. – **The Relationship between the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the New Lex Mercatoria**, Uniform Law Review, 2000-1, pp. 153-170.

<sup>331</sup> BAPTISTA, Luiz Olavo, - **Les Joint ventures dans les relations internationales**, Doutoramento, Paris, 1981.

<sup>332</sup> O contrato é um elemento fundamental da *Lex mercatória*. A centralidade do contrato tem como motivo o facto de ser um instrumento adequado às características do mercado, mas, também, corresponder às exigências jurídicas da globalização, dado o seu carácter apolítico. FERRARESE, M<sup>a</sup>. R. – **La lex mercatória tra storia e attualità: da diritto dei mercanti a lex per tutti?**, Sociologia del Diritto, Milan, 2005, p. 161. Ver, também, num sentido semelhante, E. LOQUIN/ L.RAVILLON. : “La creation d’un espace juridique mondial. La volonte des operateus vecteurs d’un droit mondialise”, *La Mondialisation du Droit*. E. LOQUIN e C. KESSEDJIAN (dirs), Dijon Litec, - **CREDIMI**, 2000, pp. 91 e ss.

<sup>333</sup> A harmonização tende a desenvolver-se através dos contratos elaborados por associações de operadores internacionais em determinados sectores ou produtos. MARTINEZ CAÑELLAS. A. – **La interpretación y la integración de la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías de 11 de abril de 1980**, Granada: Comares, 2004, p. 28. Natural será, que esses contratos tendam, de alguma forma, a favorecer os membros da associação que os elaborou.

<sup>334</sup> Ampliando o sentido de “usos do comércio internacional.” Os Contratos-tipo, elaborados por organizações socioprofissionais, constituiriam um instrumento uniformizador das condutas dos seus membros, no âmbito do respetivo setor mercantil. Neste sentido ver. GOLDMAN, Frontières, p. 180; FOUCHARD, Ph, L’État face, p. 74; MARNOL, Ch. Del, Les clauses, p. 310 ; LOQUIN E.L’amiable, p. 310. Infere-se do escrito por alguns autores que os contratos elaborados por organizações

certos modelos jurídicos sejam fruto das práticas mercantis comumente aceites entre os operadores de mercados nos diversos setores mercantis, como forma de disciplinar, eficientemente, os seus contratos, não recorrendo, desta forma, aos critérios jurídicos dos Direitos nacionais, sendo certo que as diversas instituições incumbidas de compilar aquelas práticas, com o intuito de prever todos os eventuais circunstancialismos contratuais, modelam-nas intensivamente ao ponto de elencar pormenores para além dos caracteres constitutivos dessas práticas. Fazendo, no nosso entender, um trabalho que está muito para além da natureza daquelas.

Pretende-se com a sua elaboração que se produza aquilo a que se chama a standardização dos contratos, ou seja, através da divulgação dos modelos contratuais, elaborados, normalmente, por associações ou por organizações comerciais internacionais, (p. ex. a *London Corn Trade Association* [LCTA] que ter-se-á fundido com *Londo Cattle Food Association* [LCFA] e instituído *Grain and Feed Trade Association* [GAFTA] em 1971),<sup>336</sup> paulatinamente, converter o uso do modelo em costume nos diversos setores de atividade mercantil.<sup>337</sup>

A Comissão Económica para a Europa das Nações Unidas (UNECE), tem-se dedicado, à formulação, por setores de atividade, de condições gerais de venda, tendo por base as diversas práticas mercantis.<sup>338 339</sup>

---

socioprofissionais identificam-se com os usos escritos, tratam-se de documentos que consagram e ajustam as práticas adotadas no setor mercantil onde atuam aqueles membros. Ver. LOUSSOUARN-J. – D. BREDIN, *Droit du commerce*, p. 46; C. SCHMITTHOFF, *The Law*, p. 16 ; DAVID, R. *L'arbitrage*, p. 485. Outros autores incluem os contratos tipo na *lex mercatória*, mas não como fonte. Ela seria constituída por usos do comércio e aqueles contratos seriam “custom and usages.” Ver LANDO, O. - **The Lex Mercatoria**, p. 751, e GOLDSTAJN, A. - **Usages of Trade**, p. 72.

<sup>335</sup> Também no sentido de ampliar o conteúdo da expressão “usos do comércio internacional.” A utilização generalizada das cláusulas *standard* para certos tipos contratuais, manifestaria uma atitude comum assumida pelos operadores do comércio transnacional no que concerne à necessidade de adotar soluções diversas daquelas que os direitos nacionais preconizam para os aspetos elencados nessas cláusulas. Aquelas cláusulas constituiriam fontes da *lex mercatória* (em muitos casos contêm cláusulas de “força maior” e de *hardship* para contratos de longa duração). Ver, entre outros autores, GOLDMAN B., - **La lex mercatoria**, pp. 487 a 489; KAHN Ph., - **‘Lex mercatoria’ et pratique**, pp. 185 e ss., - **Force majeure**, p. 200; ROBERT, J. - **L’arbitrage**, p. 286; SCHMITTHOFF, C. - **The Law**, p. 16; GOLDSTAJN, A.- **Usages of Trade**, p. 72; LANDO, O. - **The Lex Mercatoria**, p. 751.

<sup>336</sup> Ver The Bristol Corn & Feed Trade Association. Disponível em: <http://www.bcfta.org.uk/history.php>. Consultado em: 24-02-2012

<sup>337</sup> SACARRERA, Guardiola, E. – **La Compraventa Internacional: Importaciones y exportaciones**. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, S.A., 1994, pp. 24

<sup>338</sup> Entre outros autores, ver KAHN, - **La vente**, pp. 19 e ss.; - **L’interprétation**, p. 10 ; GOLDMAN, - **Frontières**, p. 181, - **La Lex mercatória**, p. 478 ; LEVEL, P. - **Le contrat**, p. 212 ; FOUCHARD, Ph. -

No caso particular do contrato de *engineering*, contratos de construção de obra civil e contratos de trabalhos elétricos e mecânicos existe um modelo contratual, FIDIC (*International Federation of Consulting Engineers*) relativo às, denominadas, *civil conditions o red book*.<sup>340341</sup>

A Instituição de engenheiros elétricos, também, procedeu à criação de formulários de condições gerais de contratos de exportação, tal como outras associações dos setores siderúrgico (*Bruksindustriföreningen*), da fundição - *Committe of European Foundry Association*. Também, as associações do setor das madeiras - Federação belga do comércio de importação de madeira, Associação Sueca de exportadores de madeira, Associação de proprietários de Serralharias Finlandesas, *Timber Trade Federation of the United Kingdom* – do algodão em rama - Centro Algodoeiro Nacional, *American Cotton Shippers Association* – do papel – *Finnish, Noorwegian and Swedish Papermakers Associations* - entre outros (...).<sup>342</sup>

A propósito das fórmulas contratuais no âmbito do mercado financeiro podemos destacar as euro-emissões, que, por sua vez, constituem um verdadeiro quadro disciplinador de todo um conjunto de operações de especial relevo no espaço europeu.<sup>343</sup>

---

**L'arbitrage**, pp. 411 e 412, - **L'Etat face**, pp. 74 e 77; LOUSSOUARN-J. -D. BREDIN, - **Droit du commerce**, pp. 47 e 48; VRIES H. de, - **Le caracteres normatif**, pp. 120 e 124; EISEMANN, F. - **Usages**, pp. 43-45; SCHMITHOFF, C. - **Das neue Recht**, pp. 64 a 68, - **The Law**, pp. 16 e 18; LANDO, O., -**The Lex Mercatoria**, pp. 750 e 751; GOLDSTAJN A., - **International Conventions**, p. 116; LOQUIN, E. - **L'amiable**, p. 311.

<sup>339</sup>Site Institucional. - About Unece. Disponível em: <http://www.unece.org/about-unece.html>. Consultado em: 06-03-2012

<sup>340</sup> Que já existe tradução em português promovida pela Associação Portuguesa de Projectistas e Consultores (APPC), membro da Federação Internacional de Engenheiros Consultores (FIDIC), contando com a colaboração da sociedade de advogados Linklaters LLP Lisboa.

<sup>341</sup> A este modelo podem, no entanto, ser introduzidos princípios gerais ou que decidam incorporar cláusulas concretas como as de força maior ou *hardship*. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A.- **Los Contratos internacionales de construcción "llave en mano"**, Granada, Comares, 1999 p. 385

<sup>342</sup> SACARRERA, Guardiola, E. – **La Compraventa Internacional: Importaciones y exportaciones**. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, S.A., 1994, pp. 24-25

<sup>343</sup> KAHN, Ph, - **Lex mercatoria et euro-obligations**, pp. 215 e ss. Ver também, Comissão Europeia, - o Livro Verde sobre a viabilidade da introdução de obrigações de estabilidade. Bruxelas: 23-11-2011 COM (2011) 818 final

Também, o *master agreement*, contrato-quadro e os modelos contratuais em matéria de *swaps* (troca de posições jurídico-económica entre operadores),<sup>344</sup> criados pela ISDA - *International Swaps and Derivates Association*.<sup>345</sup>

Similarmente, soluções uniformes e as regras *standard*, para os euromercados primário e secundário, criados: pelas *International Securities Market Association* – ISMA - anterior *Association of International Bond* – AIBD<sup>346</sup> - e *International Primary Market Association* – IPMA, desde Julho de 2005, *International Capital Market Association* – ICMA.<sup>347</sup>

Outras associações terão divulgado modelos de condições gerais no âmbito das atividades que representam, assim: *Grain and Feed Trade Association* (GAFTA), sobre os contratos de venda e embarque de cereais;<sup>348</sup> *Association of West European Shipbuilders*, sobre contratos de construção de navios.<sup>349</sup>

Elaborados pela Comissão Económica para a Europa das Nações Unidas (ECE) ou *United Nations Economic Commission for Europe* (UNECE)<sup>350</sup> as condições gerais denominadas ECE para determinados setores mercantis, com especial relevo: “Maquinaria e outros equipamentos mecânicos e elétricos;” “Bens de Consumo duradouro;” “Madeira”; Também, para a venda de cereais e combustíveis sólidos.<sup>351352</sup>

---

<sup>344</sup> Ver AIDAN, P. – **Droit des marchés financiers. Reflexión sur les sources**. La Revue Banque, 2001, p. 271.

<sup>345</sup> Ver site: <http://www2.isda.org/>.

<sup>346</sup> Ver site: <http://www.icmagroup.org/>. – História da ICMA. *In* *International Capital Market Association* – ICMA. Disponível em: <http://www.icmagroup.org/About-ICMA/Organisation/history.aspx>. Consultado em: 21-02-2012.

<sup>347</sup> *In Ibidem*.

<sup>348</sup> A *Grain and Feed Trade Association* sobre o comércio internacional de grãos. AIDAN, P. – *Droit des marchés financiers. Reflexión sur les sources*. La Revue Banque, 2001p. 270. *Grain and Feed Trade Association* sobre comércio internacional de grãos. Sobre as Organizações de autorregulação setorial. FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. – **Ius mercatorum. Autoregulación y unificación del derecho de los negocios transnacionales**. Colegios Notariales de España, Madrid, 2003.

<sup>349</sup> SACARRERA, Guardiola, E. – **La Compraventa Internacional : Importaciones y exportaciones**. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, S.A., 1994, pp. 24

<sup>350</sup> Fundada para promover a cooperação económica entre os Estados Membros. UNITED NATIONS ECONOMIC COMMISSION FOR EUROPE, Disponível em: <http://www.UNECE.org/ceci/welcome.html>, Consultado em: 24-02-2012.

<sup>351</sup> Sobre o fornecimento, montagem, importação e exportação de bens instrumentais; sobre a venda para importação e exportação de *bens de consumo duradouros* e de outros produtos de natureza industrial.

<sup>352</sup> SACARRERA, Guardiola, E. – **La Compraventa Internacional**, *ob. cit.* pp. 24

Finalmente, as regras adotadas pelo Comité Marítimo Internacional, denominadas regras de Iorque – Antuérpia, destinadas a regular alguns aspetos das relações entre o armador, o proprietário da mercadoria, o afretador e as respetivas entidades seguradoras, no caso de avaria grossa (*general average*).<sup>353</sup>

A uniformização contratual internacional, aproxima, universaliza, e introduz o elemento eficiência ao tráfico transnacional.

O reconhecimento da validade de um determinado tipo contratual, por parte de um grande número de países, redimensiona os motivos equacionados pela jurisprudência no sentido de considerar inválido um contrato segundo o seu Direito interno.<sup>354</sup>

Consideramos, que cabe um papel fundamental e um teste ao Homem Jurista dos tempos atuais, seja o interprete e/ou aplicador do direito, e que é imperioso o recurso à racionalidade jurídica mas também, e cada vez mais, à económica.<sup>355</sup> Pugnamos pela articulação das duas construções lógicas um contributo extremamente positivo.

- 3- Os contratos autorreguladores ou auto normativos. Nascidos sob a égide do princípio da autonomia da vontade - reconhecido por todos os ordenamentos jurídicos - nas decorrências da liberdade contratual, essencialmente, a liberdade de disciplinar.<sup>356</sup> A finalidade está no afastamento do influxo regimentador nacional na disciplina das transações comerciais transnacionais.<sup>357</sup>

---

<sup>353</sup> Consiste na repartição dos prejuízos, sacrificando-se a carga com o objetivo de salvar a embarcação ou o restante da carga. Faz-se o rateio [divisão proporcional] entre os embarcadores dos prejuízos decorrentes do sacrifício. O sacrifício deverá ser equitativo e o perigo iminente e inevitável. Para além do perigo e da existência do sacrifício é necessário o sucesso da ação (total ou parcial). McDOWELL, Carl; GIBBIS, Helen- **Ocean Transportation**. Washington: Beard Books, 1999, p. 333.

<sup>354</sup> MARTINEZ CAÑELLAS. A. – **La interpretación y la integración de la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías de 11 de abril de 1980**, Granada: Comares, 2004, p. 32

<sup>355</sup> A racionalidade económica é muito apreciada por aqueles autores que praticam análise económica do direito. PAZ ARES, C. – **Principio de eficiencia y derecho privado**, Estudios en homenaje a M. Broseta Pont. Tirant lo blanch, Valencia, 1995. Vol III, pp. 2843-2900.

<sup>356</sup>“Autonomia é o poder de dar-se um ordenamento. Neste sentido substancial, a autonomia privada significa que a ordem jurídica global admite que os particulares participem da construção da sua própria ordem jurídica, nos quadros embora da ordem jurídica global” in ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, - **Teoria Geral do Direito Civil. Volume III. Acções e Factos Jurídicos**, Lisboa, s. ed., 1991/1992., p. 39.

Numa aceção ampla, também denominados “contratos sem lei”<sup>358</sup>, sempre que as partes, deliberadamente, decidam subtrair o contrato à regimentação estadual, e optem pela *lex mercatória* nas suas diversas manifestações.<sup>359</sup>

- 4- Os contratos atípicos ou tipos sociais. Criados pelas *Law Firms*, os consultores das associações internacionais das diversas atividades empresariais desenvolvidas e constitutivas do mercado internacional. Remetemos, relativamente a tudo que não for tratado nesta sede, para o ponto onde abordamos a atipicidade dos contratos transnacionais.<sup>360</sup>
- 5- A jurisprudência, em particular a arbitral.<sup>361</sup> Desde sempre, um campo fértil para o desenvolvimento da *Lex mercatória*. Uma parte substancial dos operadores do comércio transnacional (empresas e corporações, ressalvando, talvez, as grandes financeiras internacionais<sup>362</sup>) recorrem à arbitragem do comércio transnacional para dirimir todos os litígios emergentes de solução jurídica em matéria de contratos comerciais transnacionais, e estipulam no contrato uma cláusula de *electio iuris*.

Para diversos autores as decisões arbitrais constituem um importante instrumento de revelação da *lex mercatória*.<sup>363</sup> Para GOLDMAN, seria possível

---

Para mais desenvolvimentos, In ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, - **Teoria Geral do Direito Civil. Volume III. Acções e Factos Jurídicos**, Lisboa, s. ed., 1991/1992., pp. 40- 42

<sup>357</sup> MARTINEZ CAÑELLAS. A. – **La interpretación y la integración de la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías de 11 de abril de 1980**, Granada: Comares, 2004, p. 31

<sup>358</sup> Entenda-se lei (sentido amplo) e positiva.

<sup>359</sup> A propósito do *ius ingeniorum*. Ver MAYER, P. – *Droit international*, p. 460

<sup>360</sup> Ver, também, referência n.º 74

<sup>361</sup> É intrinsecamente contratual, visto carece de um acordo escrito entre outros requisitos processuais constantes Convenção de Nova York de 1958, e na Lei Modelo da CNUDMI (Comissão das Nações Unidas para o direito mercantil internacional) sobre a arbitragem comercial internacional.

<sup>362</sup> MORÁN GARCÍA, M. E.: **Derecho de los mercados financieros internacionales**, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 307

<sup>363</sup> Assim. KAHN, Ph. - **La vente**, ob cit. p. 41, num estudo mais recente o autor, sobre o papel dos laudos arbitrais na construção da *lex mercatória*, afirma que “[I]e droit international économique reste avant tout un droit contractuel en tant que construction cohérente“. In **,- Lex mercatória’ et pratique**”, p. 209; FOUCHARD, Ph., - **L’arbitrage**, pp. 446 e ss. ; LOUSSOUARN – J. –D. BREDIN, - **Droit du commerce**, ob cit. pp. 44 e 45; GOLDMAN, B. - **La Lex mercatoria**, pp. 491 a 497; LANDO, O, - **The Lex Mercatoria**, pp. 751 a 755; DERAÏNS, Y. - **Les normes**, pp. 29-30. Em sentido contrário, atendendo à falta de coesão e de previsibilidade. Ver VERDERA Y TUELLS, E. **El ‘Pierce the Veil**, p. 46; GODDARD, J. A., - **El Jus Gentium**, p. 437; Em sentido semelhante, DAVID, R. – **Le Droit du commerce**, pp. 16-17. Para este autor a criação da *lex mercatória* pela via arbitral seria possível, apenas,

extrair do conteúdo dos laudos arbitrais soluções jurídicas idênticas entre si, no que respeita à disciplina material de determinadas questões jurídicas.<sup>364 365</sup>

O mesmo autor entende que à jurisprudência arbitral caberia um importantíssimo papel para a revelação e desenvolvimento da *lex mercatória*. Em particular no que tange aos princípios – segundo as suas palavras, os princípios gerais de direito relativos às relações comerciais internacionais e os princípios comuns aos vários sistemas jurídicos nacionais - a sua concretização.

<sup>366</sup>

Da análise da jurisprudência arbitral levantaram-se imensas discussões acerca da aplicabilidade, ao contrato transnacional, da Nova *Lex Mercatória*.<sup>367</sup> No que tange à sua aplicação efetiva, esta poderá operar autonomamente, por decorrência da escolha de lei<sup>368</sup> e por forma heterónoma, quando nasce da decisão do árbitro em detrimento da vontade das esferas de interesses.<sup>369</sup>

---

no seio de certos setores do mercado transnacional (num estudo mais recente depreende-se que exclua a hipótese dessa criação pela via arbitral) DAVID, R.- *L'arbitrage*, p. 485.

<sup>364</sup> Ver GOLDMAN, - *La lex mercatoria*, pp. 493-497.

<sup>365</sup> O mesmo se passa com a os critérios escolhidos segundo a via conflitual ou indireta. Pois a prática arbitral nem sempre afasta a via conflitual na regimentação das relações materiais controvertidas. No entanto, optam por critérios distintos do dos ordenamentos jurídicos dos Estados. Nesta linha de raciocínio, alguns autores , incluem, ainda que a título excepcional, aos elementos da *lex mercatória*, o Direito internacional privado da *lex mercatória*, constituído pelos critérios, originais, adotados pelos árbitros para a determinação do direito aplicável ao fundo da causa. GOLDMAN, B. - *La lex mercatória*, pp. 491-492; LALIVE, P. - *Les règles*, pp. 90 e ss. Fazendo referência à “‘Lex mercatória’ of conflitual rules”, num prisma futurista. Ver MEHREN, A.T. von, - *To What Extent*, p. 227. **Consideramos que a nova *lex mercatória* é de natureza material, e poderá eventualmente socorrer-se de um Direito que lhe é paralelo no sentido de complementar a sua disciplina, nomeadamente, em aspectos vitais para o contrato. Nesta linha de pensamento, entendemos estarem compreendidos na nova *lex mercatória* todos aqueles critérios jurídicos conflituais originais, essencialmente, fundados em princípios do comércio transnacional, que através do seu *modus operandi* visem a completude regulativa de um contrato comercial transnacional. Todavia este método teria sempre carácter subsidiário. Negrito nosso**

<sup>366</sup> Aplicação do Princípio da Boa-fé – CCI, n.º 2443, 1976; o princípio *Pacta sunt servanda* – CCI, n.º 2404, 1975, n.º 2438, 1975. Sobre a jurisprudência que confirma a existência de usos próprios do comércio internacional ver. MIMOSO, Maria João, - **A justiça arbitral na composição dos litígios do comércio internacional. Tese de Mestrado [Texto policopiado], Lisboa: 1994, p. 139 nota n.º 127.**

<sup>367</sup> Predomina a tese de que todo o contrato encontra-se conectado com um Estado e, conseqüentemente, será de aplicar a lei Estadual eleita pelas partes. Não obstante, a jurisprudência francesa, no caso *Valenciana de Cimentos*, através da sentença da *Cour d'appel* de Paris datada a 13 de Julho de 1989, confirmada pela *Cour de Cassation* em 1991, entender que nos casos em que as partes não designam o direito aplicável ao contrato e os árbitros aplicam a *lex mercatória* o juiz Estadual não poderá rever a escolha do árbitro quando a decide aplicar. Ver caso anterior Fougerville y Norsolor. Também na jurisprudência italiana. Galgano, F. – *La globalización en el espejo del Derecho*, Rubinzal, Buenos Aires, 2005, pp. 69-70

<sup>368</sup> - A arbitragem comercial internacional representa uma via alternativa e resolução de litígios que, por isso, exclui que essa mesma resolução possa ter lugar na jurisdição estadual comum em que se integram

O recurso à arbitragem como forma alternativa de dirimir os litígios é uma das manifestações que melhor exprime a independência do comércio transnacional. O conteúdo das decisões arbitrais constitui melhor repositório para justificar a *Lex Mercatória*. Por outro lado, a arbitragem é um instrumento capaz de justificar a importância da instituição de uma *Lex mercatória*, tendo em atenção o gradual afastamento das leis nacionais e das jurisdições estaduais.<sup>370</sup>

A título de curiosidade, estima-se que em cerca de 90% dos contratos comerciais internacionais existe cláusula arbitral.<sup>371</sup> Todos os contratos internacionais *de global engineering*, apresentam-na no seu clausulado.<sup>372</sup>

No entanto, as partes que não a tenham pré-estipulado poderão sempre, sob compromisso arbitral cometer o seu litígio atual – emergente de uma operação do comércio internacional - à arbitragem transnacional.

No Direito marítimo, em particular, a arbitragem adquire especial importância, pelo facto de ser exigido ao intérprete /juizador do litígio emergente,

---

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

<sup>369</sup> PAMBOUKIS, Ch, - **La Lex mercatória reconsidéré. Le droit international privé : esprit et méthodes**. Melanges Paul Lagarde. Paris. Dalloz, 2005, pp. 619

<sup>370</sup> STRENGER, Irineu – **Direito do Comércio Internacional e Lex Mercatória**. São Paulo: LTr, 1996, pp. 70-71

<sup>371</sup> GOTTWALD, Peter, - **Internationale Schiedsgerichtsbarkeit**. *in* Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, org., por Peter GOTTWALD (CIT.) 3-160, 1997, p. 3.

<sup>372</sup> RECHSTEINER, Walter Beat. – **Arbitragem privada internacional no Brasil: depois da nova lei 9.307, de 23.09.1996: Teoria e prática**. 2.ª Ed., ver., atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 15

conhecimentos muito específicos, a par das consequências inerentes à transnacionalização dos contratos mercantis.<sup>373</sup>

Em geral, os conflitos emergentes das relações jurídicas transnacionais, tal como as de carácter puramente interno, exigem soluções pelo menos “eficazes e sumamente velozes.” Não esqueçamos que leis justas, não são suficientes para a criação de grandes nações, mas, também, uma justiça rápida e pouco onerosa, sob pena da efetividade da justiça representar letra morta.<sup>374375</sup>

São imensos os instrumentos internacionais que revelam a importância da *Lex Mercatória* no sentido de responder às necessidades e interesses dos operadores do comércio internacional no mercado global.<sup>376</sup>

- 6- Os princípios gerais de direito comuns às *nações civilizadas*, em especial em matéria contratual.<sup>377</sup> Podemos entendê-los como um procedimento de heterointegração positiva, assumindo-se, assim, a unidade sistemática da *lex mercatória*, alguns exemplos: liberdade contratual, boa-fé, *pacta sunt servanda*, *venire contra factum proprium non valet*, *restitutio in integrum*, *culpa in contrahendo*, *qui tacet consentire videtur*, a *cláusula rebus sic stantibus*, *exceptio non adimplenti contractus*, dever de limitar os danos [também,

---

<sup>373</sup> SZKLAROWSKY, Leon. - **Arbitragem Marítima**. In Revista Jurídica Consulex – Ano XII – n.º 277 – 31 de Julho de 2008. In *passim* Disponível em: <http://www.2ccago.com.br/up/arbitragem.pdf>. Acesso em: 03/03/2012.

<sup>374</sup> *In Ibidem*.

<sup>375</sup> Entendemos que o aspeto da onerosidade deverá ser ponderado com as implicações da prolação da decisão judicial pelo Tribunal Estatal e consequente desgaste da relação entre os contratantes e aumento do grau de afetação dos contratos paralelos. Porque nem sempre os gastos nas instâncias arbitrais [p. ex. os honorários dos árbitros designados] serão inferiores aos custos inerentes ao funcionamento da máquina judiciária Estatal. Todavia, poderão constituir uma segurança, pela eficiência. Contudo, a arbitragem *ad hoc*, em detrimento da institucional, deverá ser menos onerosa tendo em linha de comparação o valor das taxas administrativas pagas.

<sup>376</sup> A Convenção para a Resolução de Diferendos relativos a Investimentos entre Estados, de 18 de Março de 1965, art. 42 n.º 1: “O tribunal julgará o diferendo em conformidade com as regras de direito acordadas pelas partes. Na ausência de tal acordo, o tribunal deverá aplicar a lei do Estado contratante, parte no diferendo (também as regras conflituais), bem como os princípios de Direito Internacional aplicáveis.”; A lei modelo da CNUDCI, art. 28.º n.º 4, “em qualquer caso, o tribunal arbitral decidirá de acordo com as estipulações do contrato e terá em conta os usos do comércio aplicáveis à transacção.”; a Convenção de Viena de 1980 sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, art. 9.º; o Regulamento de Arbitragem CNUDCI, no art. 17 n.º 2 (...)

<sup>377</sup> Segundo Lando, e com um certo grau de ambiguidade, seriam os princípios gerais de Direito reconhecidos pelas nações comerciantes. LANDO, O. – **The Law Applicable to the Merits of the Dispute**, in: SARCEVIC (ed.), *Essays on International Commercial Arbitration*. Boston, London, 1991, p. 146. Disponível em <http://tldb.uni-koeln.de>. Consultado em 14-03-2012.

proibição do enriquecimento sem causa, não execução de contratos e cláusulas gerais desleais ou injustas, o *favor negoti*] (...).<sup>378 379</sup>

Não esqueçamos a importância para qualquer ordem jurídica, em especial para qualquer ordenamento jurídico que necessita de critérios que guiem, fundamentem e limitem as suas normas jurídicas. Esse é o papel dos princípios gerais de direito, desta forma influenciando na elaboração das normas jurídicas e auxiliando no processo de integração do direito.<sup>380</sup> São gerais, porque se tratam de princípios que direcionam o Direito como um todo, todavia, também podem ser específicos de um outro ramo ou sector do direito. Desta forma farão parte da realidade dinâmica que é o objeto do nosso estudo, a *Lex Mercatória*.

Finalmente, gostaríamos de referir que a questão dos princípios gerais de direito, em especial em matéria contratual, ganharam, largamente, ao longo dos tempos uma dimensão global.

O Princípio geral *paradigma* é o *pacta sunt servanda*, plasmado no artigo 26.º da Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados, de 23 de Maio de 1969 e da Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais, de 21 de Março de 1986, articulado com o art. 38 n.º 1 c) do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça, que de costume de Direito Internacional Público passou a princípio geral de direito positivado. Penetrando, assim, com força obrigatória nos ordenamentos jurídicos nacionais. Inspirando os legisladores nacionais que à luz das suas decorrências disciplinam aspetos essenciais das obrigações. Há que compreender, no entanto, que a sua subjetivação não traria nada de novo ao tão afamado *acordo de cavalheiros* na prática negocial, apenas uma concretização

---

<sup>378</sup> Permitindo dotar a nova *lex mercatória* de uma estrutura mais consistente permitindo-lhe atingir a universalidade. VIRALLY, M – **Un tiers droit? Réflexions théoriques, in le droit des relations économiques internationales**, in Études offertes à Berthold Goldman, Litec, Paris, 1987, p. 384.

<sup>379</sup> Acerca destes princípios, A. GONÇALVES PEREIRA- Fausto de QUADROS, - **Manual de Direito Internacional Público**, 3.ª edição, Coimbra: Almedina, 1993, pp. 257 e ss., especialmente p. 262.

<sup>380</sup> A título de curiosidade. “*Fonte de inspiração*” para o TJUE. Ver EUROPA >Sínteses da legislação da UE>Assuntos institucionais>-**As fontes não escritas do direito europeu: direito subsidiário**, Disponível em:

[http://europa.eu/legislation\\_summaries/institutional\\_affairs/decisionmaking\\_process/114533\\_pt.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/decisionmaking_process/114533_pt.htm)

Consultado em: 18-02-2012

objetiva do princípio da boa fé (que apresenta uma natureza corretiva), cuja importância já se situava ao nível do direito natural. A acuidade daquele acordo, a par do valor reconhecido à *palavra* (entenda-se palavra de cavalheiros), está na base do valor atribuído à autonomia privada em sede contratual, que por decorrência acentua a carga icónica atribuída ao contrato.

A Autonomia privada revela-se como “princípio característico do Direito Civil” em geral [afloramento do princípio da liberdade, para o qual é lícito o que não for proibido (art. 4.º Declaração de 1789), que tem como contraposição o princípio da competência (a licitude depende da permissão) imperante no Direito Público], todavia, também, transversal a outros ramos do Direito Privado. Pelo que o seu nível de reconhecimento é “um dos traços reveladores da fisionomia de cada sistema jurídico”.<sup>381</sup> Este princípio tem como principal projeção a liberdade de contratar (no plano negocial, pelo facto de relevar a figura do contrato<sup>382</sup> [Sob a égide das seguintes forças: “o valor da *nuda pacta*” (“ensinamentos dos canonistas”); “*pacta sunt servanda*” (“antigos canonistas”) (...); “*Solus consensus obligat*” (escola jusracionalista) (...) o que reforçou “a supremacia da vontade esclarecida do homem sobre as forças criadoras do direito”, e permitiu espiritualizar o contrato; o voluntarismo jurídico (influência da burguesia triunfante à época)<sup>383</sup>], contudo, também se aflora no “domínio dos *direitos subjectivos*”, âmbito em que o princípio da autonomia expressa [contexto em que o princípio da autonomia exprime] “o *poder de livre exercício dos direitos pelo seu titular*”. Liberdade, “que encontra o seu paradigma no direito de propriedade”, não totalmente ilimitada.<sup>384</sup>

Podemos, também, considerar identificá-los com um conjunto de regras e princípios codificados por organismos semipúblicos como os princípios de

---

<sup>381</sup> FERNANDES, Luís A. Carvalho, - **Teoria Geral do Direito Civil -Vol. I – Introdução; Pressupostos da Relação Jurídica**, 5ª Edição, Universidade Católica, 2009, pp. 94.

<sup>382</sup> Facto que terá influído na consagração do princípio da autonomia privada, entre nós, “no domínio do Direito das Obrigações, no artigo. 405.º do C.Civ português; mas também no diploma constitucional ele encontra referências, quando nele se reconhecem a iniciativa económica privada, ainda que sem perder de vista o interesse geral (arts. 61.º, n.º1, e 82.º, n.ºs 1 e 3), e a livre escolha de profissão, ou género de trabalho [art.s 47.º e 58.º, n.º2, al.b)]”. *Ibidem*, pág. 96

<sup>383</sup> ANTUNES VARELA, João de Matos, - **Das Obrigações em Geral**, Vol. I, 10.ª Edição, Almedina, (5.ª Reimpressão da Edição de 2000), pp. 211-218

<sup>384</sup> FERNANDES, Luís A. Carvalho, - *Teoria Geral do Direito Civil*, ob cit., p. 94

UNIDROIT, para os contratos do comércio internacional.<sup>385386387</sup> *Decorre do preâmbulo desse instrumento, no seu 3.º parágrafo, que o contrato transnacional, se as partes acordarem, poderá ser “regulado pelos princípios gerais de direito, pela lex mercatoria, ou similares.”*<sup>388</sup> *O mesmo se passa com os Princípios do Direito Europeu dos Contratos (PECL). Podendo ser aplicados quando as partes aceitam que o contrato seja regimentado pelos princípios gerais de Direito, lex mercatória ou fórmula similar, ou mesmo quando as partes não escolham o sistema ou as regras disciplinadoras do mesmo contrato. (art.º 1:101 (2) e (3)).*<sup>389</sup> No mesmo sentido, a Convenção Interamericana sobre o Direito Aplicável aos Contratos Internacionais de 1994 quando, nos seus artigos, 3.º, 9.º e 10.º, faz menção às fontes da *New law-merchant*.<sup>390</sup>

Em especial, a criação dos princípios da UNIDROIT teve um impacto paliativo no que tange às principais críticas lançadas à Nova *Lex Mercatória*, das quais: fragmentariedade ou, mais precisamente, sectorização, heterogeneidade e incompletude regulativa. Visto posicionar-se como uma alternativa de carácter material à disciplina regulativa dos direitos nacionais e ao direito de conflitos, podendo, desta feita, aplicar-se a qualquer contrato transnacional. Pelo que,

---

<sup>385</sup> No mesmo sentido. BERGER, Klaus Peter, -**The Lex Mercatória Doctrine and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts**. *In: Law and Policy in International Business*. 1997, pp. 943-990. Disponível em: <http://www.uestia.com/PM.qst?a=o&d=5001524029>. Consultado em: 14-03-2012

<sup>386</sup> Ver os comentários. VV.AA. - Comentários a los Principios de Unidroit para los Contratos del Comercio Internacional. Pamplona: Aranzadi, 2.ª edição, 2003

<sup>387</sup> A propósito do Contrato internacional de engenharia, mais concretamente, a ausência de um Direito convencional material uniforme nessa matéria, poderia explicar o desenvolvimento pelos comerciantes da *Lex Mercatória*. FRIGNANI, A. – Il contrato internazionale, *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia diretto da Francesco Galgano*, vol. XII, Padova, 1990, p. 10.

<sup>388</sup> Princípios UNIDROIT relativos aos contratos comerciais internacionais 2010. Translation by Professor Lauro Gama, Jr. (Professor of Law, Catholic University of Rio de Janeiro PUC-RIO; Senior Partner, Binenbojm, Gama & Carvalho Britto Advogados; Member of the Working Group for the preparation of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts).

<sup>389</sup> Ver nota 260 e 261.

<sup>390</sup> **Artigo 3** As normas desta Convenção serão aplicáveis, com as adaptações necessárias e possíveis, às novas modalidades de contratação utilizadas em consequência do desenvolvimento comercial internacional; **Artigo 9 (...)** “O tribunal levará em consideração todos os elementos objetivos e subjetivos que se depreendam do contrato, para determinar o direito do Estado com o qual mantém os vínculos mais estreitos. **Levar-se-ão também em conta os princípios gerais do direito comercial internacional aceites por organismos internacionais.** (...) “; **Artigo 10** “Além do disposto nos artigos anteriores, aplicar-se-ão, quando pertinente, **as normas, costumes e princípios do direito comercial internacional, bem como os usos e práticas comerciais de aceitação geral, com a finalidade de assegurar as exigências impostas pela justiça e a equidade na solução do caso concreto.**” Negrito e sublinhado nossos.

poderá funcionar como *lex contractus* através de um pacto de *lege utenda* e até, mesmo, na sua ausência, tornar-se disciplina desse contrato.<sup>391</sup>

Reforçando a importância destes instrumentos, alguns autores, consideram, a par dos princípios gerais de direito, as regras comuns aos diferentes sistemas jurídicos nacionais, enquanto fórmulas de resolução dos litígios emergentes das questões privadas transnacionais, típicas da *New Law Merchant*, afirmando que não apenas a prática contratual, através das cláusulas de *electio iuris*, mas também os laudos arbitrais que se socorrem desses segmentos normativos revelam a sua importância na regimentação do comércio transnacional.<sup>392</sup>

Entendemos, nesta sede, atentando à natureza jurídica destes princípios (*soft law*), incluir, ainda, como fonte da *nova lex mercatória*, outra parte da constitutiva do Direito Internacional Público, assim (e entre outras): as resoluções, os pareceres, as diretivas, (*guidelines, directives*), os guias profissionais as recomendações, códigos de conduta ou de comportamento<sup>393</sup>, os *códigos de deontologia*,<sup>394</sup> ... Tendo em consideração a importância de todo um relevante quadro valorativo e orientativo de atuação.

Consideramos, ainda, pertinente a ordem pública transnacional ou verdadeiramente internacional enquanto concretização funcional da *héterointegração* negativa.<sup>395</sup>

7- Uma nota sobre o direito harmonizado, unificado e uniforme e regras de organizações internacionais, como fonte da Nova *Lex Mercatória*.<sup>396</sup> Alguns

---

<sup>391</sup> CASTELLANOS RUIZ, E. – **Autonomia conflictual y contratos internacionales: Algunas reflexiones**, Cuestiones actuales de Derecho Mercantil Internacional. Calvo Caravaca, A.L. y Areal Ludeña (Dir.). Madrid, 2005, Colex, pp. 459 y ss.

<sup>392</sup> Entre outros autores, ver GOLDMAN, B. - **La lex mercatoria**, pp. 485 a 487; FOUCHARD, Ph. - **L'État face**, pp. 73 e 74; GOLDSTAJN, A., - **Usages of Trade**, p. 72; PRAENDL, F.- **Measures**, p. 276; LOQUIN, E. - **L'amiable**, p. 311; HOFFMANN, B. von, - **Grundsätzliches**, pp. 220 e ss; LANDO, O. - **The Lex Mercatoria**, p. 749.

<sup>393</sup> Ver notas n.ºs 148, 149, 150, 151.

<sup>394</sup> Sobre o Direito flexível, J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, - **Derecho del comercio internacional**, Madrid, EUROLEX, 1996, pp. 47-48; também A. MARQUES DOS SANTOS, - **Transferência internacional de tecnologia, economia e direito – alguns problemas gerais**, Lisboa, Centro de Estudos Fiscais, 1984, pp. 288-319. A. CARLOS SANTOS, M. Eduarda GONÇALVES, M. Manuel LEITÃO MARQUES, - **Direito Económico**, Coimbra, Almedina, 1993, pp. 356-357.

<sup>395</sup> Será abordado no capítulo VI.

exemplos, a Convenção da C.N.U.D.C.I. ou U.N.C.I.T.R.A.L. sobre a compra e venda internacional (1980) [Sigla CISG];<sup>397 398 399</sup> as Convenções de Haia sobre contratos internacionais criadas pela Conferência de Haia de Direito Internacional Privado, onde se promoveu a adoção do princípio da autonomia da vontade. Elas são: sobre a lei aplicável à venda de bens móveis (1955); sobre a transferência da propriedade (1958); sobre a lei aplicável aos contratos de intermediários e representação (1978); sobre a lei aplicável aos contratos de venda internacional de mercadorias (1986). A Convenção das Nações Unidas sobre Letras de Cambio Internacionais e de Notas Promissórias Internacionais de 1988, aberto à assinatura e ratificação desde a mesma data. A Convenção das Nações Unidas sobre o Uso das Comunicações Eletrônicas nos Contratos Internacionais, da UNCITRAL (2005), a Lei-Modelo da Arbitragem, da UNCITRAL (2002, com as alterações introduzidas em 2006), em especial, no âmbito das operações bancárias, a Convenção sobre garantias independentes e cartas de crédito *stand-by* (CGI) (1995) e a lei modelo sobre aspetos legais relacionados com o Intercambio Eletrónico de Dados (IED) (1994). os Princípios dos Contratos Internacionais: os UNIDROIT (1994, 2004, 2010) e os PECL (1990, 1995, 1999, 2003).<sup>400</sup> Consideramos, também, a Lei Uniforme sobre letras e livranças, de acordo com as Convenções de Genebra, de 1930 e, também, de cheques em 1931.

---

<sup>396</sup> Lando quando faz coincidir a aplicação da *lex mercatória* com todos os caso em que os árbitros aplicam normas anacionais ao mérito da causa. LANDO, O, - **The Lex Mercatoria**, ob cit. p. 747. O autor elenca como fontes da nova *lex mercatória*, entre outras, as convenções internacionais com regras uniformes sobre compra e venda internacional, regras de Direito internacional público sobre os tratados (Convenção de Viena de 1969), tendo por base o facto de terem, já, sido aplicadas, como forma de regulamentação, a contratos celebrados entre Estados e nacionais de outros Estados. *In Ibidem*, p. 749. Incluindo, também, no elenco das fontes da *lex mercatória*, as Convenções internacionais, tendo em consideração argumentos análogos a este autor. Ver HOFFMANN, B. Von – **Grundsätzliches zur Anwendung der «lex mercatoria» durch**, p. 220.

<sup>397</sup> Ver “Nota explicativa da secretaria da UNCITRAL sobre a Convenção das Nações Unidas sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias.” Disponível em : <http://www.cisg-brasil.net/doc/explnotecisgtradamadeusorleans-final.pdf> consultado em: 21-02-2012

<sup>398</sup> A sua redação foi construída sob a inspiração de modelos já utilizados na prática mercantil das diversas sociedades, em especial a *lex mercatória*, que terá contribuído, profundamente, para a elaboração de uma lei uniforme. Ver KHAN Ph. – **Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international**. JDI, 1989, p. 305. Segundo este autor, o comércio internacional cria as suas regras, que paulatinamente vão sendo integradas ao direito comercial positivo. As regras de conduta das partes têm por base, maioritariamente, os usos mercantis (mencionados, também, nas decisões arbitrais).

<sup>399</sup> A par da *lex mercatória*, terão influenciado: o BGB alemão e o *Uniform Commercial Code* americano.

<sup>400</sup> Remetemos, para a parte do nosso estudo, onde tecemos as devidas considerações sobre estes dois instrumentos.

Entendemos que a amplitude, que procuramos demonstrar, da realidade jurídica denominada de *Nova Lex Mercatória* em nada prejudica o destaque, nas suas fontes, dos usos e costumes criados pelos operadores do comércio internacional, em detrimento de todas as outras que não preenchem esse requisito.

Não partilhamos, todavia, dessa visão sobre a atual Lex Mercatória. Consideramos que ela não é mais aquele corpo normativo constituído por usos e costumes do comércio jurídico transnacional nascido da Idade Média. Ela não embrutecera, antes desenvolvera, por diversas vias, estratégias de adaptação ao mundo globalizado. Por outro lado, fora interpenetrada por diversos fatores externos florescendo a sua anterior natureza e, simultaneamente, fortalecendo a sua estrutura.

Conforme desenvolveremos no próximo capítulo a *New Law Merchant* é constituída por fluxos de natureza variável e sectorial, pelo que se compreende alguma da sua dispersão regulativa. Todavia, dentro de um corpo normativo uno a que nos atreveremos a chamar de Direito apositivo da contratação internacional.

## **Capítulo V- A Nova Lex Mercatória**

### **Regulação apositiva da contratação internacional**

#### **1- Preliminares**

Antes de partirmos para a noção deste corpo disciplinador é importante destacar alguns pontos essenciais para a sua posterior formulação.

Para falarmos de um ordem jurídica autónoma, basta termos em linha de discussão o poder da vontade, que permite aos sujeitos impor os seus objetivos na ordem jurídica onde estão inseridos. Assim, por força do seu poder criador, desenvolvem um ordenamento jurídico regedor das suas próprias relações jurídicas, dentro do espaço de ação não proibido.

No domínio dos contratos em geral aquele campo de ação expande-se, e, conseqüentemente, retraem-se os limites do Estado. Em particular, quando os contratos apresentam natureza puramente comercial e não ostentam elementos conflituantes com a ordem pública interna, constituída, por um “conjunto de normas e princípios jurídicos que formam os quadros fundamentais de um sistema e que, por isso, impedem a aplicação, na respectiva esfera de influência, da lei estrangeira normalmente competente, ou o reconhecimento dos respectivos efeitos.”<sup>401</sup>

Quando aqueles contratos revelam elementos de extraneidade de modo a torna-los absolutamente internacionais, os limites impostos pelo (s) Estado (s) onde decorre (m) a vida do contrato, ou pelo Estado observador – interprete e julgador – e pelo Estado da execução da decisão, estão restritos ao âmbito particular da Ordem Pública Internacional, enquanto circulo concêntrico da Ordem Pública Interna de cada Estado.

402

---

<sup>401</sup> MIMOSO, Maria João, - **Arbitragem do Comércio Internacional - Medidas Provisórias e Cautelares** p. 89

<sup>402</sup> Um limite a qualquer Direito ou disciplina jurídica.

Com a criação de um espaço transnacional para o comércio internacional esbate-se a importância, já menor, do Estado na regulamentação das relações comerciais transnacionais. Por um lado, os particularismos valorativos das diversas culturas jurídicas deixam de interferir nos negócios entre os diversos operadores do comércio internacional, por outro lado, a rigidez do sistema jurídico estadual faz decair, por forma galopante, a importância do Estado como fonte de solução para problemas transnacionais.

Nesse espaço os operadores de mercado implementam os seus direitos e obrigações de acordo com as normas escritas ou não escritas da comunidade comercial transnacional. Convém referir a crescente transnacionalização dos contratos através do recurso cada vez maior à arbitragem transnacional.<sup>403404</sup>

Os Estados da atualidade, para o comércio internacional, não representam mais que lugares para concretização material de parte das operações do comércio transnacional, visto, muitas delas, o serem apenas a título meramente formal (lugar da Sede) *ex maxime*, operações que envolvam a transferência de dados ou *software*.

A dimensão, a todos os níveis, das operações mercantis no mundo tem o correspondente impacto social e jurídico, razão pela qual não poderemos olvidar determinados critérios retores fora dos quais aquelas operações não poderão existir.

Assim, na esteira do dever ser, existem limites, intrínsecos à realidade onde se movem as operações, intransponíveis, constituindo como que uma *bolha* dentro da qual tudo é permitido. Referimo-nos a uma Ordem pública internacional, mas já não àquela ordem pública internacional de um Estado ou Estados em particular, - “ligada às concepções éticas, jurídicas, políticas e religiosas de um determinado Estado, o que explica o carácter indissociável daquele limite de um direito nacional a que diga respeito.” Revelando-se, “como um mecanismo limitador fazendo precluir a aplicação de uma norma de direito

---

<sup>403</sup> Ainda que essa arbitragem esteja sempre em contacto com algum Estado. E de forma mais evidente a arbitragem institucional.

<sup>404</sup> Segundo o entendimento da Professora Maria João Mimoso, em sede de arbitragem “[dada] a ausência da *lex fori* para o árbitro internacional, a ordem pública interna, só assume relevância se as partes, expressa ou implicitamente, a ela se reportarem.” p. 89.

estrangeiro” - <sup>405</sup> mas a uma Ordem pública verdadeiramente internacional ou *transnacional*, constituída por todo um conjunto de princípios e regras comuns ao comércio jurídico transnacional, nos diversos setores de mercado (*ex máxime* o princípio da autonomia da vontade [*ex maxime* na arbitragem transnacional], o princípio da boa fé, a *pacta sunt servanda* [...]), <sup>406</sup> que traduzem, esses sim, o verdadeiro limite à contratação, na contratação, na vida e após a vida do contrato, se se aplicar.

Atente-se que com a arbitragem o contrato adquire o expoente máximo da sua transnacionalização, visto, por um lado, o árbitro não ter, efetivamente, *lex fori*, e por outro lado, estar incumbido de balizar os interesses do comércio internacional. <sup>407</sup>

Nesta esteira, apenas podemos encontrar como *imperativo categórico*, enquanto limite de ação para os árbitros, os princípios gerais informadores do Direito comercial Transnacional, sobretudo, os de natureza arbitral, - que já adquiriram uma aceitação generalizada, ao ponto de se considerarem elementos constitutivos da ordem pública transnacional – permitindo-lhe, nesta medida, responder eficientemente às exigências de mercado e as legítimas expectativas das partes. <sup>408 409</sup>

---

<sup>405</sup> *In Ibidem*, p. 90

<sup>406</sup> Sem esquecer, claro, todos os princípios e regras de *ius cogens* (normas imperativas de Direito Internacional geral) e normas de aplicação imediata, que por natureza são limites intrínsecos ao direito autónomo e apositivo da contratação internacional.

<sup>407</sup> Os laudos arbitrais constituem um verdadeiro centro para utilização e florescimento da nova *lex mercatória*, de forma mais acentuada, doos seus elementos constitutivos, os *UNIDROIT*. Neste sentido, os dados *Unilex* informam que são pelo menos de 284 decisões, arbitrais (160) e judiciais (124), que fazem menção ao Princípios UNIDROIT. Com especial enfoque sobre o período compreendido entre 1996-2010. Disponível em: <http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13618&x=I>. Consultado em: 11-03-2012.

<sup>408</sup> Jean Robert, considera transnacional “ toda a operação jurídica de natureza internacional à qual os intervenientes querem ver aplicada uma regra de direito [via direta] da sua escolha” *In* ROBERT, Jean, - **Le phénomène transnational**, L.G.D.J., éd. De L’AFA, pp. 3 e ss. Já a expressão internacional terá em linha de conta as diferenças existentes nos diversos direitos nacionais. Constituindo, esta última, o objeto da sua real intervenção, operada através do método conflitual, cujo *modus operandi* permitirá, em última linha, designar o (s) ordenamento (s) jurídico (s) aplicável (eis) à situação emergente de solução. *In Ibidem*. Permitindo-nos inferir, destes entendimentos, que a “expressão” transnacional por visar a eliminação das divergências que, ainda, persistem nos vários ordenamentos estaduais, é a que mais vai ao encontro das necessidades dos operadores comerciais no quadro das exigências de mercado.

<sup>409</sup> Segundo Pierre Lalive, “[à] la différence du juge étatique, qui a toute autorité voulue pour se prononcer, le cas échéant, sur la base d’un ordre public (international-étatique, ou même transnational) inspiré de la politique internationale de cet État, l’arbitre lui préférera n’invoquer que des règles ou des notions (pas nécessairement étatiques, peut-être) appuyées par une « opinion juris » bien établie ; ce qui pourra certes être le cas d’une intervention de l’ordre public transnational fondée sur des considérations d’éthique sociale mais plus difficilement dans le cas d’une ordre public transnational impregné de considérations politiques. *In* LALIVE, Pierre, - **Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international**, *Rev. Arb.*, 1986, pp. 329 e ss.

No entanto, ainda que os contratos se vejam, *transnacionalizados* ou *transterritorializados* pelo recurso à arbitragem transnacional – e no respetivo laudo pela aplicação da *lex mercatória*-, em sede de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais, será, de certa forma, *renacionalizado* ou *reterritorializado*.<sup>410</sup>

Entendemos dever ser este o verdadeiro limite à contratação internacional, idóneo à fluidez do mercado internacional e consonante com as expectativas jurídicas da comunidade comercial internacional, que verá os seus contratos, validamente constituídos, reconhecidos em todas as fases e processos.

Dentro destes limites ferve o mundo dos negócios transnacionais, dinâmico, mutável, todavia, sensível, porque expectante tendo em conta os posicionamentos legiferantes dos diversos Estados face ao reconhecimento da nova *Lex Mercatória*.

A existência de um espaço transnacional implica que as operações comerciais internacionais não se circunscrevam a um determinado território estadual. Aquele espaço corresponde ao espaço globalizado - sem os limites transfronteiriços - configurado ou estabelecido, segundo Capella, pelo soberano privado supranacional difuso. Um privado titular de um poder que produz efeitos de natureza pública ou política, atua em articulação com os Estados permeáveis, abertos, ou mesmo, porosos, integrando um campo *de poder*.<sup>411412</sup>

Na mesma medida, a população transnacional que se move naquele espaço, apresenta uma particularidade que consideramos importante mencionar. Os coabitantes nesse

---

<sup>410</sup>Consideramos, no entanto, que este campo de acção abrangente potenciado pelos limites da ordem pública transnacional, vê-se restrito aquando do reconhecimento e execução de situações pré constituídas. Visto o seu reconhecimento estar dependente da ausência de conflitualidade com a ordem pública internacional do foro. Nesta medida, consideramos que o arbitro deverá, todavia, desenvolver uma especial sensibilidade, para o supra referido, no sentido de tornar exequível a sua decisão. Consideramos, desta forma, o entendimento de Pierre Lalive, o mais consonante com esta ordem de ideias. Assim, sobre as legítimas expectativas das partes, quando diz: «...l'arbitre international pourra être amené à tenir compte non seulement de l'ordre public international (classique) de l'un ou l'autre états directement concernés mais encore et **surtout de l'ordre public transnational** [seja de fonte interna - se manifestar tutela por interesses anacionais - ou de fonte verdadeiramente internacional] ... ». *In Rev. Arb.*, 1986, pp. 356-357; *In Rev.*, 1986, pp. 273 e ss (o caso Mitsubishi Motors Corp. com Soler Chryslerplymouth, Inc.). Negrito nosso.

<sup>411</sup> CAPELLA, J. R. – **Fruta prohibida: Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado.** Madrid: Trotta, 1997, pp. 260 e ss.

<sup>412</sup>Não olvidemos, todavia, que esse espaço pressupõe necessariamente a existência de um espaço nacional que extravasa os seus limites por efeito do transnacional.

povoado correspondem a ficções do Direito, tratam-se de pessoas jurídicas, ou seja, empresas transnacionais, da *business community*, - apresentando, assim, muitas semelhanças com as sociedades multiculturais (Ex. Estados Unidos da América e a Atual União Europeia [com tendência para o sistema federalista]<sup>413</sup>) - cujos interesses variam consoante o setor mercantil a que pertençam, e identifica-se com a estrutura da nova *lex mercatória*. Realidade a que recorrem, todavia, de acordo com espaço de autonomia normativa reconhecida pelos respetivos Estados, e que apresenta como órgão ou instituições de adjudicação os tribunais arbitrais.

A *societas mercatorum*, apresenta uma estrutura idêntica à ideia Estado – enquanto nação (território e população) politicamente organizada (poder institucionalizado) – e caracteriza-se pela sua individualidade que lhe é tão própria:

- 1- Território – o espaço transnacional ou espaço globalizado constituído pelos bens, corpóreos ou incorpóreos, pessoas, serviços, pelas diversas moedas (sentido amplo) em circulação, e aglomerados de informação (...);
- 2- População – as diversas empresas transnacionais e, mais restritivamente, sujeitos de Direito Público;
- 3- Fatores reais de poder – os influxos do povoado.
- 4- Polos institucionais - Centros de poder – um conjunto articulado de poderes públicos,<sup>414</sup> como Organização mundial do Comércio (OMC) com 153 Estados membros,<sup>415</sup> o Banco Mundial (BM) – O Banco Internacional para a Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD) tem 187 países membros; Organização dos Estados Americanos (OEA);<sup>416</sup> A Associação Internacional de Desenvolvimento (IDA) tem 171 (cada membro deste último tem que ser membro do Fundo Monetário Internacional [FMI]); *International Finance Corporation* (IFC) tem 183; *Multilateral Investment Guarantee Agency*

---

<sup>414</sup> Têm, todavia, como membros o Estado ou entes coletivos públicos.

<sup>415</sup> Ver site institucional. Disponível em: [http://www.wto.org/english/thewto\\_e/whatis\\_e/who\\_we\\_are\\_e.htm](http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/who_we_are_e.htm) . Consultado em: 05-03-2012.

<sup>416</sup> Ver Site Institucional. Disponível em: [http://www.oas.org/pt/sobre/quem\\_somos.asp](http://www.oas.org/pt/sobre/quem_somos.asp). Consultado em: 12-03-2012.

(MIGA), com 175; *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID) com 147 - ,<sup>417 418</sup> o Fundo Monetário Internacional, com 187 Estados Membros <sup>419</sup> (em termos regionais, na União Europeia, o Banco Central Europeu [BCE]),<sup>420</sup> Banco de Compensações Internacionais (BIS)<sup>421</sup> ou a Organização Internacional das Comissões de Valores (IOSCO),<sup>422</sup> o Tribunal Permanente de Arbitragem (CPA)<sup>423</sup>, A Organização Mundial da Propriedade Intelectual [OMPI], com 185 Estados-Membros<sup>424</sup>, mas também entes privados,<sup>425</sup> entre outros: a *International Law Association* (ILA), originalmente "The Association for the Codification and the Development of the Law of Nations";<sup>426</sup> a *International Chamber of Commerce* (ICC) tem mais de 7000 membros de 130 países,<sup>427</sup> a *Américan Arbitration Association* (AAA), mais ccretamente, o *International Centre for Dispute Resolution* (ICDR),<sup>428</sup> London Court of International Arbitration (LCIA),<sup>429</sup> a *Grain and Feed Trade Association* (GAFTA) com 1370 membros em 87 países,<sup>430</sup> a *Federatona of Oils, Seeds and Fats Associarions Limited*

<sup>417</sup> Ver site institucional. Disponível em: <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/EXTABOUTUS/0,,contentMDK:22427666~menuPK:8336899~pagePK:51123644~piPK:329829~theSitePK:29708,00.html>. Consultado em: 08-03-2012

<sup>418</sup> Ver site institucional. - **What we do.** Disponível em: <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/EXTABOUTUS/0,,contentMDK:20103838~menuPK:1696997~pagePK:51123644~piPK:329829~theSitePK:29708,00.html>. Consultado em: 05-03-2012

<sup>419</sup> Ver site Institucional. - **About FMI.** Disponível em: <http://www.imf.org/external/about.htm>. Consultado em: 05-03-2012 e Ver site Institucional. - **Overview.** Disponível em: <http://www.imf.org/external/about/overview.htm> Consultado em: 05-03-2012

<sup>420</sup> Ver site institucional. Disponível em: <http://www.ecb.int/ecb/html/index.pt.html> Consultado em: 05-03-2012.

<sup>421</sup> Ver site institucional - **About BIS.** Disponível em: <http://www.bis.org/about/index.htm>. Consultado em: 05-03-2012

<sup>422</sup> Ver site institucional. - **The International Organization of Securities Commissions General Information.** Disponível em: <http://www.iosco.org/about/> Consultado em: 05-03-2012

<sup>423</sup> Ver Site institucional. Disponível em: [http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag\\_id=1303](http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1303). Consultado em: 05-03-2012.

<sup>424</sup> Ver site institucional. Disponível em: <http://www.wipo.int/portal/index.html.en>. Consultado em: 05-03-2012.

<sup>425</sup> Os seus membros são empresas.

<sup>426</sup> Ver International Law association – Ramo Brasil. Disponível em: <http://www.ilabrasil.org.br/site>. Consultado em: 14-03-2012. “Membership of the Association, at present about 3700, is spread among Branches throughout the world Site Institucional.” Disponível em: [http://www.ila-hq.org/en/about\\_us/index.cfm](http://www.ila-hq.org/en/about_us/index.cfm). Consultado em: 14-03-2012.

<sup>427</sup> Para Rosas, a CCI constitui um meio eficaz para “canalizar propuestas del sector privado ante los gobiernos, e incidir en las decisiones que éstos adoptan en las rondas de negociaciones de la OMC (...)” no sentido de criar e aumentar a influencia da *business community* nas decisões tomadas pelas Nações Unidas e, também, outros organismos internacionais. In FERNANDEZ ROSAS, J. C. – *Ius mercatorum, Autoregulación y unificación del derecho de los negocios transnacionales*, Madrid: Colegios Notariales de España 2003, p. 99

<sup>428</sup> Ver site institucional. Disponível em: [http://www.adr.org/aaa/faces/home?\\_afLoop=281398659926609&\\_afWindowMode=0&\\_afWindowId=nat2hdhqa\\_34](http://www.adr.org/aaa/faces/home?_afLoop=281398659926609&_afWindowMode=0&_afWindowId=nat2hdhqa_34). Consultado em: 05-03-2012.

<sup>429</sup> Ver site institucional. Disponível em: <http://www.lcia.org/>. Consultado em: 05-03-2012

<sup>430</sup> Ver site institucional. Disponível em: <http://www.gafta.com/>. Consultado em: 05-03-2012.

[FOSFA], 940 membros em 80 países,<sup>431</sup> a *International Capital Market Association* (ICMA), também, a *Maritime Arbitrators Association* s<sup>432</sup>,

- 5- Poder – As instituições de poder não se distinguem, fundamentalmente, pelas atribuições desenvolvidas nos seus estatutos, tratando-se de uma separação meramente funcional. A título de exemplo a CCI, enquanto centro institucional arbitral e produtor de compilações contendo os usos e costumes do comércio transnacional.

Esta sociedade tão peculiar fruto da globalização, distingue-se, também, pelo seu constante dinamismo e evolução, caraterísticos do mundo dos negócios transnacionais, porque afectos a diversos *inputs* e *outputs* de influência (os fatores reais de poder), - interesses individuais e interesses coletivos - que comunicando entre si, geram, no final, o *ius* retor da comunidade mercantil (a *lex mercatória*). Um Corpo normativo flexível, impreciso, todavia, eficiente sob o ponto de vista económico.

Pelo supra referido, este corpo disciplinador denominado de nova *lex mercatória* não se apresenta tendencialmente estável/ imutável como o Direito Estadual, mas *open-ended* or *in progress*, acompanhando a evolução dos tempos.

O novo direito mercantil constitui, em si, um sistema jurídico criado com o intuito de responder, por forma coerente e adequada às necessidades próprias de cada sector de atividade mercantil, pelo que incorpora um conjunto bastante alargado de respostas a cada grupo de interesses e necessidades do comércio transnacional.

Consideramos que para compreender este processo dinâmico, a premissa que se deverá seguir-se será: "*Ubi homo ibi societas; ubi societas, ibi ius*" (Ulpiano – *Corpus Iuris Civilis*).

---

<sup>431</sup> Ver site institucional. Disponível em: <http://www.fosfa.org/>. Consultado em: 05-03-2012

<sup>432</sup> Ver no site institucional da International Congress of Maritime Arbitrators (ICMA), as diversas associações de arbitragem marítima da atualidade . Disponível em: <http://www.icmaweb.com/index.php/national-maritime-arbitration-associations>. Consultado em: 05-03-2012

Entendemos a perspectiva sociológica, aquela que melhor nos permite vislumbrar o presente e o futuro do nosso mundo com uma maior clareza, possibilitando a criação de soluções mais lúcidas e adequadas, como resposta aos enigmas da mundialização.

Muitos problemas são levantados sobre a real natureza da nova *lex mercatória* e a aceitação como uma ordem jurídica autónoma. Constituída por regras e princípios de fonte privada, com diversas naturezas, não vinculadas a qualquer Estado e que disciplinam matérias com um elevado grau de importância (comercio e finanças internacionais)

Conforme já tivemos oportunidade de escrever, a nova *lex mercatória* é um dos mais marcantes fenómenos que revela a quão imediata tradução jurídica tem a globalização no mundo.

Consideramos premente chamar a ela aquilo que lhe pertence na realidade, responsabilizando os seus principais agentes, elevando as considerações a ela respeitantes às constatações do presente e do futuro.

Finalmente, quando fazemos alusão à expressão “regulação pelo Direito apositivo da contratação internacional” querem, fundamentalmente, destacar o caráter normativo da disciplina autónoma da contratação internacional e, ainda que haja outros entendimentos sobre a conceção do Direito, revelar a vigência desse Direito fora da ideia tradicional de Estado, todavia em paralelo, mas à sua margem, enquanto uma verdadeira ordem jurídica.

Antes de darmos início ao nosso estudo, consideramos importantíssimo sublinhar o seguinte:

- 1- “*We are beginning to rediscover the international character of commercial law [...] and general trend of commercial law everywhere is to move away from the restrictions of the law of international trade;*”<sup>433</sup>

---

<sup>433</sup>SCHMITTHOFF, C. M. – **International business law: a new law merchant**, p. 139

- 2- A necessidade de um direito internacional autónomo emerge da diversidade e mutabilidade do comércio internacional moderno que opera no mercado mundial e, a consequente, inadequação dos diversos sistemas jurídicos nacionais;<sup>434</sup>
- 3- E, finalmente, “(...) *a common foundation of mutual understanding among merchants in still essential to viable commercial practice across national boundaries.*”<sup>435</sup>

Iniciaremos esta parte do nosso estudo, numa fase preliminar, com umas breves notas sobre arbitragem, logo depois, elencaremos as possíveis noções sobre *Lex Mercatória*, seguidamente, exporemos os principais argumentos utilizados contra a atribuição do estatuto de direito autónomo, depois, uma breve análise, finalmente, tomaremos uma postura analítico-crítica na qual formularemos uma via em direção à uma noção de *Lex Mercatória*, a nova lei dos mercadores.

## 2. Da arbitragem comercial transnacional <sup>436</sup>

Para assegurar, a aplicação da *nova Lex Mercatória* entendida em toda a sua dimensão, assim, todos os elementos constitutivos, supra descritos, isto é, para salvaguardar a transnacionalização do contrato e do respetivo litígio emergente, - saindo do domínio do direito material ou conflitual dos Estados - é imperioso recorrer à arbitragem (seja à luz do Direito Transnacional da Arbitragem, seja seguindo os termos de alguns dos sistemas nacionais, como o português) e para assegurar, se for caso disso, a aplicação de critérios específicos daquela vasta realidade jurídica, direcionar a sua escolha. Por exemplo, convencionando que os árbitros designados para dirimir certo litígio decidam o mérito da causa tendo por base, os usos e costumes específicos de determinado setor do mercado, os modelos regulativos publicados, os Princípios UNIDROIT ou os Princípios

---

<sup>434</sup> GOLDSTAJN, A. – **The new law merchant reconsidered**, p. 12

<sup>435</sup> TRAKMAN, A. – **The evolution of the law merchant**. In: *Journal of maritime law and commerce*, 1980, p. 173-174.

<sup>436</sup> “*No Direito português a arbitragem consiste num meio de composição de litígios [mas, também, certos e determinados conflitos de interesses de natureza não contenciosa, p. ex. os relacionados com a revisão dos contratos] em que se atribui competência para proceder ao julgamento a uma ou mais pessoas, escolhidas pelas próprias partes ou por terceiros, cujas decisões têm a mesma eficácia que possuem as sentenças judiciais.* VICENTE, Dário Moura, - Da Arbitragem Comercial Internacional, Janus, 2004 (em linha): Disponível em: [http://www.janusonline.pt/2004/2004\\_3\\_2\\_5.html](http://www.janusonline.pt/2004/2004_3_2_5.html). Consultado em: 26-02-2012

Lando, eventualmente, e em articulação, determinados critérios fácticos ou jurídicos, “originais”, para a determinação de uma ordem jurídica estadual.<sup>437</sup>

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

A Arbitragem enquanto instrumento ao serviço da eficiência e, conseqüente, continuidade das relações comerciais transnacionais destaca diversas vantagens, com as quais a judicatura estadual não poderá competir por razões já explanadas, assim:<sup>438</sup> a celeridade (*con grano salis*) – pela desburocratização e desformalização processuais. No que tange ao limite temporal, a atual LAV, impõe, salvo, convenção das partes em contrário, 12 meses, a contar da aceitação do último árbitro, como limite máximo para a existência de laudo arbitral (art. 43.º n.º1) -, a flexibilidade – as partes podem escolher: a instituição arbitral, os árbitros, o *iter* arbitral, o idioma, a lei disciplinadora da arbitragem e do mérito da causa -, a confidencialidade – o procedimento arbitral é sigiloso e a decisão arbitral não é publicada, apenas não será assim se as esferas de interesse consentirem, ou se faltarem ao cumprimento (a publicitação é promovida pela respetiva Organização Empresarial e/ou, também, onde opere o centro arbitral) -, a especialização dos árbitros – são pessoas com habilitações em determinadas matérias, é prático, técnico, jurista (...), apto a decidir questões que convocam múltiplos conhecimentos, seja de natureza tecnológica, científica, económica ou jurídicos<sup>439</sup>, potenciando soluções equitativas, previsíveis, adequadas à tecnicidade do assunto -, a neutralidade<sup>440</sup> – a arbitragem transnacionaliza o litígio, afastando a possibilidade de um determinado Estado, através dos seus tribunais judiciais, favorecer os seus próprios interesses – apoio institucional ao investimento externo – a arbitragem enquanto forma

---

<sup>437</sup> Segundo Lima Pinheiro, decorre do principio da autonomia da vontade, no âmbito da arbitragem transnacional, a possibilidade de designar a nova *lex mercatória* como instrumento base à resolução do mérito da causa, sobejamente, utilizado. LIMA PINHEIRO, *Direito Comercial Internacional*, p. 524, e referências do autor.

<sup>438</sup> PINHEIRO, Luís de Lima, *Direito Comercial Internacional*, Almedina, 2005, pp. 345-346; VICENTE, Dário Moura, - Portugal e a Arbitragem Internacional, Janus, 2004; LUIZELLA Giardino B. Branco: [http://www.cbsg.com.br/pdf\\_publicacoes/arbitragem\\_nos\\_contratos\\_internacionais.pdf](http://www.cbsg.com.br/pdf_publicacoes/arbitragem_nos_contratos_internacionais.pdf)

<sup>439</sup> FERRER CORREIA, A. Ferrer, - *Da Arbitragem Comercial Internacional*, ob cit., pp. 173 e ss.

<sup>440</sup> Que é discutível, no entanto, se o árbitro for parcial no que concerne a determinadas matérias, ou mesmo se agir como representante de parte, violando as suas normas deontológicas. VICENTE, Dário Moura, - *Da Arbitragem Comercial Internacional: Direito Aplicável ao mérito da causa*, Coimbra Editora, 1990, p. 19.

alternativa de dirimir litígios,<sup>441</sup> ocupar-se-á das relações materiais controvertidas de natureza económica, comercial e industrial, nascidas desses investimentos, descongestionando, dessa forma, os tribunais judiciais.

Convém mencionar que os árbitros transnacionais que estejam autorizados a julgarem segundo a equidade [e a composição amigável] têm a faculdade de basear a sua decisão, tendo por base de sustentação *a nova lex mercatória*, no entanto, deverá respeitar os limites mínimos do sentido de justiça.<sup>442</sup>

A equidade traduz a justiça material (não normativa) do caso concreto.<sup>443</sup> Que, tendencialmente, implica uma decisão que estabelece uma diferenciação das posições das esferas de interesse num binómio - vencedor e vencido. Diferentemente do que ocorre com a composição amigável, pressupõe um certo “equilíbrio dos interesses em jogo”, (art. 35.º da Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto / art. 39. n.º 3 da Lei n.º 63/2011 de 14 de Dezembro)<sup>444</sup> aliás, como acontece, por exemplo, no contrato de transação, no qual existem “recíprocas concessões” (art. 1248.º, n.º 1 do CC).

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

---

<sup>441</sup> O custo associado à arbitragem poderá ser, todavia, um obstáculo ou desvantagem. *In Ibidem*. Ver a esse propósito, por exemplo, as preocupações demonstradas pela London Court of International Arbitration (LCIA). “In order to ensure cost-effective services, the LCIA’s administrative charges, and the fees charged by the tribunals it appoints, are not based on sums in issue. A registration fee is payable with the Request for Arbitration and, thereafter, hourly rates are applied by the arbitrators and by the LCIA.” In site Institucional – About the LCIA. Disponível em: <http://www.lcia.org/LCIA/Introduction.aspx>. Consultado em: 05-03-2012.

<sup>442</sup> Constituiriam uma vontade tácita das partes no sentido de a serem aplicada. GOLDMAN, B. – **La lex mercatória**, ob cit pp. 480-481. A propósito dos Principios UNIDROIT e LANDO, Lima Pinheiro considera que os árbitros poderão aplica-los - quando as partes entendão por bem que o seu litígio seja solucionado segundo os seus critérios - desde que o resultado da sua decisão não seja francamente injusto. LIMA PINHEIRO, - Direito Comercial Internacional, ob cit. p. 195. Em opinião diferente. Lando, entre outros, entende que “[t]he lex mercatória obliges the arbitrator to base his decision on the law Merchant even when equity might lead him to another result.” LANDO, O. – **Lex mercatória**, ob. cit. pp. 754-755.

<sup>443</sup> Neste sentido ver OLIVEIRA ASCENÇÃO J., O Direito – **Introdução e Teoria Geral – Uma Perspetiva Luso- Brasileira**, 9.ª edição revista, Coimbra, Almedina, 1995, p. 223; MENEZES CORDEIRO, - **A decisão segundo a equidade**, O Direito, Ano 122.º, 1990-II, pp. 261-280.

<sup>444</sup>No mesmo sentido a Lei Modelo da UNCITRAL:

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

com natureza de compromisso ou de “mediação”.<sup>445446</sup> Não obstante esta distinção, entendemos por bem, nesta sede, considerar ambas equivalentes, visto que as concretas finalidades da composição do litígio devem ser casuisticamente aferidas. Apenas em sede arbitral o interprete/julgador desvendará qual a *justiça* a que o caso em apreciação apela. No entanto, no nosso entender, a equidade em sentido amplo oferece uma maior maleabilidade conceptual e um carácter, substancialmente, mais jurígeno. A equidade porque direccionada à justiça do caso concreto pode muito bem apelar a uma justiça *stricto sensu* ou a uma justiça dirigida à composição dos interesses das partes.<sup>447</sup>

Relativamente à aplicação do complexo normativo por forma autónoma, entendemos ser de todo uma consequência da conjuntura evolutiva económica e financeira e o carácter obsoleto, rígido, ultrapassado, dos Direitos nacionais face às problemáticas inerentes às constantes transmutações globais. Entendemos que a nova *lex mercatória* para além de um valioso instrumento ao serviço da integração do negócio jurídico, constitui um instrumento de regulação mais adequado às exigências da contratação internacional, visando suprir as incertezas a que conduz o método conflitual e a ineficácia dos Direitos Estaduais.<sup>448</sup> Consideramos que os árbitros apresentam uma verdadeira forte linha de interseção relacional com a Nova *Lex Mercatória*, lembre-se que o árbitro não tem uma verdadeira *lex fori* e apresenta-se como o guardião dos interesses do comércio transnacional.

Consideramos, conforme já mencionamos, que deverá operar a uma transnacionalização das normas conflituais no sentido de permitir aos operadores do comércio aplicar a *Nova Lex Mercatória* pela via conflitual, sempre que o conteúdo da lei restrinja à determinação de um Direito estadual – visto quando alude às expressões isoladas

---

<sup>445</sup> SOUSA SANTOS, B., **O discurso e o poder – Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica**, in **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro**, II – IURIDICA, Coimbra, Faculdade de Direito, 1979, p. 245 e ss.

<sup>446</sup> Acerca da mediação ver, C. FERREIRA DE ALMEIDA, - **Meios jurídicos de resolução de conflitos económicos**, **Boletim da Faculdade de Direito de Bissau**, n.º2, Setembro de 1993, p. 179 e ss

<sup>447</sup> Clarificamos o facto de em Contratação Internacional existir uma certa autonomia dogmática nacional relativa aos preceitos supra mencionados. Esse sentido também sofrera as suas alterações, antes constituíam formas de liberar o tribunal arbitral de decidir segundo as regras de Direito objetivo passando a constituir mecanismos que dispensa esse mesmo tribunal da aplicação de direito estadual. Ver DAVID, R. – Arbitrage et Droit compare, p. 15; KAHN, Ph. – **La vente comercial**, pp. 39 e ss ; FOUCHARD, Ph.- **l'ARBITRAGE**, pp. 404 a 406; LEVEL, P. – **Le contrat**, p. 230, e LOUSSOUARN, Y./ BREDIN, J. – D. – **Droit du commerce**, pp. 44 a 45.

<sup>448</sup> No mesmo sentido, GOLDMAN, B. – **La lex mercatória**, *ob. cit.* pp. 484-485 e 492; LEW, J.D.M. – **Applicable Law**, p. 437.

“Direito” e “lei” não existem, a nosso ver, razões para afastar a sua aplicação (ex.: art. 41.º n.º 1 e 2 do Código Civil Português) - permitindo uma certa consolidação das diversas jurisprudências estaduais e maior consonância de critérios jurídicos.

Finalmente, entendemos, por bem, acrescentar um último aspeto importante sobre a efetividade da decisão arbitral<sup>449</sup> que é a sua intangibilidade, que decorre da sua irrecorribilidade, demonstrando uma certa autonomia institucional das instâncias arbitrais e segurança jurídica pela estabilização dos respetivos laudos arbitrais.<sup>450 451</sup>

3. Algumas noções de *Lex Mercatória*. Até hoje, muitas foram as construções doutrinárias, principalmente desenvolvidas por internacional-privatistas, sobre a noção de *Lex Mercatória*. Cada aceção, por sua vez, com os seus diferentes carateres, o que demonstra um certo pluralismo motivacional na doutrina.<sup>452</sup> Procuramos nesta sede elencar, sucintamente, a título preliminar, algumas noções.

Para *Langen*, aquela corresponderia a um aglomerado de todas aquelas regras “which hold good in same or a similar way for a given concrete legal situation in two or more spheres of national jurisdiction.”<sup>453</sup> Segundo o mesmo autor, e de uma forma mais ampla, “rules of the game of international commercial trade”.<sup>454</sup>

Para *Bermann, Kaufman* a *Lex Mercatória* seria:

---

<sup>449</sup> Segundo a **Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional** no art. 35 n.º 1: “ A sentença arbitral, independentemente do país em que tenha sido proferida, será reconhecida como tendo força obrigatória e, mediante solicitação por escrito dirigida ao tribunal competente, será executada (...)”

<sup>450</sup> Nos termos do n.º 1 do art. 34 da **Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional**:

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

<sup>451</sup> Atente-se que:

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

<sup>452</sup> Ver STOECKER, C. W. O. - *The Lex mercatória: to what extent does it exist?* Journal of international arbitration, Vol. 7, n.º 1, march 1990, p. 105-106. Também em GOLDMAN, B. quando introduz a obra de CARBONNEAU, T. E. (ed.)- *Lex Mercatoria and arbitration*. Revised edition. S.I: Juris publishing, Kluwer law international, 1998, p. XXI.

<sup>453</sup> LANGEN, E. - *Transnational Commercial Law*, Leiden, A. W. Sijthofs, 1973, p. 33.

<sup>454</sup> *In Ibidem*

“An international body of law, founded on commercial understandings and contract principles of an international community composed principally of mercantile, shipping, insurance and banking different countries.”<sup>455</sup>

Na esteira de *Lando*, a *Lex Mercatória* seria constituída por um conjunto de regras jurídicas “*which are common to all or most of the States engaged in international trade or to those State That are connected with the dispute, and if not ascertainable, then the rules which appear to be the most appropriate and equitable*”.<sup>456</sup>

De uma forma ampla, mas que a nosso entender, não se distancia, muito, daquilo que hoje traduz, verdadeiramente, o conteúdo da nova *lex mercatória*. Assim, *Carreau*, considera-a “[o] Direito internacional dos contratos internacionais.”<sup>457</sup>

*Kahn, Ph*, fazendo apelo a uma aceção de direito de base sociológica,<sup>458</sup> defendeu o entendimento de que a disciplina jurídica da compra e venda internacional adviria de um direito criado por uma sociedade extra-nacional, a “sociedade internacional dos vendedores e compradores”, em face a inadequação dos direitos dos Estados.<sup>459 460</sup>

Segundo *Goldman* a *Lex Mercatória* foi elaborada, progressivamente, e apresenta como elementos constitutivos, pelo menos, “a set of general principles and customary rules spontaneously referred to or elaborated in the Framework of international trade without reference to a particular system of national law”.<sup>461 462</sup> Segundo o autor essas regras

---

<sup>455</sup>BERMAN, H. J.; KAUFMAN, C. – **The law of international commercial transactions**, p. 273. *In Harvard International Law Journal*, 1978.

<sup>456</sup>LANDO, O. – **The Lex mercatoria in International Commercial Arbitration**. *In: International Comparative Law Quarterly* 1985, p. 747.

<sup>457</sup>CARREAU, Dominique. **Droit International**, 3.<sup>a</sup> ed. Paris: A. Pedone, 1990, p. 170

<sup>458</sup>Kahn, pede ao autor francês Beling, «(...) le droit est seulement la réglementation de la vie sociale qui est imposée au nom d’une communauté humaine (que ce soit un état ou un autre groupement organisé d’humains) et(...) ainsi il a un fondement à la fois positif, empiriques et psychologique et, pour sujet de l’organisation du droit, une communauté ». *In KAHN, Ph. – La vente commerciale internationale*, p. 36.

<sup>459</sup>*In Ibidem*, pp. 14-15

<sup>460</sup>Noutros desenvolvimentos o autor sustenta que a *lex mercatória* se tem alargado a outras áreas do comércio internacional. KAHN, Ph., ‘**Lex mercatória**’ **et pratique**, pp. 180-184; KAHN, Ph., - **L’essor du non-droit**, pp. 135 e ss.

<sup>461</sup>GOLDMAN, B. - **The applicable law: general principles of law: the lex mercatoria**. *In: LEWS, J. (Ed) Contemporary problems in international arbitration*, 1986, p.116.

<sup>462</sup>Como já constatamos o carácter espontâneo caracteriza o *ius mercatorum* medieval e não a Nova *Lex Mercatória*, enquanto sistema híbrido.

seriam provenientes de diversas fontes que alimentam as estruturas legais e os diversos setores de atividade da coletividade que opera no comércio internacional.<sup>463 464 465</sup>

Goldstajn, considera a *Lex Mercatória*: “The body of rules governing commercial relationship of a private law nature involving different countries (...).”<sup>466</sup>

Constatamos que Schmitthoff, tal como Goldstajn adotam uma noção bastante ampla,<sup>467</sup> considerando que nela se inclua para além do “*international commercial custom*”,<sup>468</sup> as normas de convenções internacionais e leis-modelo, manifestação de uma implementação, paulatina, de uma regimentação nacional uniforme das relações plurilocalizadas.<sup>469 470</sup>

No que concerne aos instrumentos de natureza internacional, ainda que diversas vezes elencados como fonte da *lex mercatória* nos estudos de Goldstajn e Schmitthoff, por vezes, acabam por ser afastados (seja por omissão ou por incongruência lógica), restando apenas as regras de origem sócio-profissional.<sup>471</sup> Todavia, não obstante as obscuridades, entendemos por bem seguir o intuito dos autores em alargar o âmbito daquela realidade jurídica.

---

<sup>463</sup> GOLDMAN, B. – **La lex mercatória dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives**, In Journal de Droit International, Vol. 106, 1979, p. 487.

<sup>464</sup> Contra este entendimento insurge-se LAGARDE. P. – **Approche critique**, p. 137.

<sup>465</sup> Goldman, no que concerne à fontes, ordenou-as por grau de importância, assim: em primeiro lugar, os usos e costumes, as cláusulas contratuais gerais e os contratos-tipo (modelos); em segundo, a jurisprudência arbitral e os princípios gerais, que operava subsidiariamente, como integrador de possíveis lacunas. Mais tarde, este modelo sofrera alterações, passando os princípios gerais de direito relativos às relações comerciais internacionais, os princípios comuns aos direitos nacionais e a jurisprudência arbitral (que concretiza aqueles princípios), a constituir a fonte primária.

<sup>466</sup> GOLDSTAJN, A. – **The new law merchant reconsidered**. In: Festschrift für Clive Schmitthoff, Frankfurt, 1973, p. 171.

<sup>467</sup> Incluindo todas as regras que sem ter origem na vontade individual de um determinado Estado, disciplinam as situações jurídicas emergentes do comércio internacional. SCHMITTHOFF C., - **International Trade**, p. 267, - **Das neue Recht**, pp. 61 e ss, - **The Law**, pp. 15 e ss; GOLDSTAJN, A., - **The New Law**, p. 176 e - **Usages of Trade**, pp. 85 e ss. tese

<sup>468</sup> Expressão utilizada, sobretudo por Schmitthoff.

<sup>469</sup> Sobre os princípios mercantis comuns, ver também. SCHMITTOFF, C. M. – **Nature and evolution of the transnational law of commercial transactions**, p. 76-111. In: SCHMITTHOFF, C.M.; HORN, N. (ed.) - **The transnational law of International Commercial Transactions**. Deventer: Kluwer law international, 1982, p. 19.

<sup>470</sup> Sobre as regras uniformes aceites por todas as ordens jurídicas. In *Ibidem*. p. 20.

<sup>471</sup> Veja-se SCHMITTHOFF, C. – **Das neue Recht**, p. 59 e GOLDSTAJN, A. – **The New Law Merchant Reconsidered**, p. 176.

Infere-se das palavras destes entendimentos que a *lex mercatória*, corresponderia, a como que uma espécie de direito material de natureza especial e autónomo do comércio transnacional, que apresenta um amplo grau de uniformidade internacional, permitindo, desta feita, afastar as regras conflituais nacionais, que constituem um verdadeiro obstáculo ao comércio internacional.<sup>472</sup> O direito transnacional, no entanto, fundar-se-ia, no reconhecimento (direto ou indireto) pelos Estados, mas destacando-se destes, enquanto direito autónomo do comércio internacional. Já que não poderá ser limitada a sua utilização, pelos operadores de mercado, para além da ordem pública internacional.

*Berman e Daser*, entendem que a *lex mercatória* constitui um Direito de natureza, eminentemente, costumeira, espontâneo, uniforme, e tendencialmente universal, divergindo do *ius mercatorum* no que respeita às suas fontes. Assim, os princípios gerais da contratação internacional, contratos modelo, os *restatements of law*, também as leis modelo e a jurisprudência arbitral.<sup>473</sup>

*Filali*, partindo da construção institucionalista de *Santi Romano*, que abordaremos mais adiante, entende que a sociedade dos mercadores revela-se através da *lex mercatória*. Que, segundo o autor, constitui direito originário autónomo.<sup>474</sup> As necessidades e interesses dos diversos atores usuários da dita *lex mercatória* – empresas, associações profissionais de classe, centros arbitrais - seriam os fatores identitários edificadores de uma instituição una, coerente, permanente e estável.<sup>475</sup>

*Calvo Caravaca e Carrascosa González*, constrói uma noção tradicional e avançada da Nova *Lex Mercatória*. Assim, teria como caracteres constitutivos: os usos, os modelos contratuais, regras das diversas associações de natureza privada (...), que regimentam determinados aspetos da contratação internacional. Ela não seria um ordenamento jurídico independente dos Estados, antes deve a estes a sua existência; corresponderia a um conjunto de práticas criadas pelos operadores mercantis internacionais, constituindo

---

<sup>472</sup>A criação daquela realidade ocorreria por forma intencional.

<sup>473</sup>BERMAN, H Y DASSER, F. , - The 'New' Law Merchant and the 'Old': Sources, Contest, and Legitimacy, *Lex Mercatoria and Arbitration* (E. Carbonneau, dir.), Dobb Ferry, New York, JurisPubl.-Kluwer, 1990, 53-70

<sup>474</sup> FILALI, O. – Les Principes Généraux de la Lex Mercatória. Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational. LGDJ, Paris, 1992, pp. 407 e ss.

<sup>475</sup>*In Ibidem*, p. 410. Afirma que sem sea regra transnacional constitui uma expressão posterior do ordenamento jurídico anacional, este facto indicia a préexistência da instituição "Societas mercatorum". *In Ibidem*.

um verdadeiro ordenamento jurídico que, a par dos nacionais, poderá regular por forma autónoma os contratos comerciais internacionais.<sup>476</sup>

*Gómez Jene*, seguindo o entendimento de *Gaillard*, afirma que a *Lex Mercatória*, seria sobretudo um *method of decisión-making*. O trabalho estaria na mão dos árbitros que para decidir os litígios teriam de sobrepor duas etapas: na primeira teriam que levar a cabo uma análise comparativa do direito em geral; para, seguidamente, promover a análise do direito aplicável à questão controvertida. Segundo este autor, as fontes desse instrumento seriam as “regras e/ou as compilações de princípios mercantis, de convenções internacionais (...) assim como os laudos arbitrais e de trabalhos de investigação existentes sobre o assunto.”<sup>477</sup>

Segundo *Highet*, ela seria constituída por regras e princípios assistemáticos do comércio internacional, imprecisos, opcionais, aleatórios.<sup>478 479</sup>

*Mustill*, entende que a verdadeira função da *lex mercatória* é, no fundo, “to expound the content of the rights and duties of the parties under a contract which is ex hypothesi valid as between them and them alone, afastando, desde logo, do seu conteúdo a validade do contrato.”<sup>480</sup>

Existe também quem veja na *Lex Mercatória*, um direito supletivo integrador das lacunas apresentadas pelos diversos ordenamentos jurídicos estaduais,<sup>481</sup> em matéria contratual.

---

<sup>476</sup> CALVO CARAVACA, L. A. e CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. – **Los contratos internacionales y el mito de la ‘nueva lex mercatoria’**. Estudios sobre Contratación Internacional. Colex, Madrid, 2006, pp. 62-63.

<sup>477</sup> GÓMEZ, Jene, M. – **Lex Mercatoria y Arbitraje Comercial Internacional: El ejemplo e la nueva ley de arbitraje española**. Estudios sobre *lex mercatoria*. SILVA, J. A. (coord.), UNAM, México, 2006, pp. 139-140.

<sup>478</sup> HIGHET, K. – **The enigma of the *lex mercatória***: In: *Tulane Law Review*, 1989, p. 618.

<sup>479</sup> Num sentido aproximado, Bar considera que a Nova *Lex Mercatoria* é, em termos teóricos, falsa enquanto fonte jurídica, concetualmente difusa e “do ponto de vista da política jurídica, equivocada”. BAR, CH. V. -**Internationales Privatrecht**, vol.I, München, 1987, p. 79.

<sup>480</sup> MUSTILL, H. - **The new *lex mercatoria*: The first Twenty-five years**, in: *Arbitration International*, 1988, p. 90. Disponível em: [Http://www.TLDB.de](http://www.TLDB.de). Consultado em: 14-03-2012.

<sup>481</sup> FERNANDEZ ROZAS, J. C. – **Ius mercatorum, Autoregulación y unificación del derecho de los negócios transnacionales**, Madrid: Colegios Notariales de España 2003, p. 82.

Outros autores, tais como, *Antoine Kassin, Bar, Keith Highet, Paul Lagarde, Georges Delaume, Hermes M. Huck*, negam a sua existência, razão pela qual, não a procuram definir com precisão.<sup>482</sup>

4. Correntes negativistas sobre a atribuição do estatuto de Direito autónomo. A doutrina da *lex mercatória* caracteriza-se, essencialmente, por reivindicar para o seu corpo normativo o estatuto de direito autónomo, com relação aos ordenamentos jurídicos nacionais.<sup>483</sup> Neste ponto procuraremos elencar os principais argumentos utilizados contra a atribuição desse mesmo estatuto.

Partindo de uma corrente subjetivista, *Schmitthoff*, Inglês, e *Goldstajn*, Jugoslavo, partindo de uma ampla noção de *Lex Mercatória* (ainda que com algumas obscuridades) consideram a autonomia da vontade uma fonte originária de criação jurídica, entendimento que por si só não colhe.

Existe quem sustente que alguns contratos pluriconectados poderiam ser concluídos somente sob a égide do princípio *pacta sunt servanda*, e, desta forma, traduzir-se-iam em verdadeiras ordens jurídicas independentes dos direitos nacionais e do direito internacional público que, por sua vez, teriam aplicação, em último caso, por forma subsidiária.<sup>484</sup>

Todavia, a importância dada, em especial por aqueles autores, ao reconhecimento (direto e indireto) pelos Estados da *Lex Mercatória* - que *Schmitthoff* prefere denominar

---

<sup>482</sup> MANN, F.A., - **England rejects «delocalised»**, ICLQ, 1984, p. 196 e 197. Ver, também. BAXTER, I. - **International conflict of laws and international business**, 1985, ICLQ. p. 548.

<sup>483</sup> Todavia nem todos os autores que se posicionam favoravelmente, tecem, por forma desenvolvida, considerações sobre a sua autonomia enquanto ordem jurídica, seja porque dão esse facto como assente ou remetem para os estudos levados a cabo por outros autores. Entre outros autores, ver DERAINS, Y. - *Le statut*, pp. 112-113, *L'ordre public*, pp. 276 e 277 ; Lando O., **The Lex Mercatoria**, p. 747 ; PRAENDL, F., **Measures**, pp. 276 e 277; LEW, J.D.M., - **Applicable Law**, pp. 346-347. Tese.

<sup>484</sup> Neste sentido, VERDROSS, A. - *Die Sicherung*, pp. 635 e ss, principalmente p. 639 e ss. GOLDSCHMIDT, W. - *La autonomia*, pp. 1272 e ss e *Transactions between States*, pp. 257 e ss. Em sentido contrario, Ver. FERRI, L. - *Norma e negozio*, pp. 38 e ss, em particular 45 e ss. BATIFFOL, H. - *Aspects philosophiques*, pp. 70 e ss, em especial pp. 73 e ss. Ver o entendimento de Larenz, que ainda que se reivindique a auto-suficiência disciplinadora de certos contratos transnacionais, essa eficácia de facto não os torna verdadeiros ordenamentos jurídicos. LARENZ, K. - **Metodologia**, pp. 349-353. Consideramos, no entanto, que dependerá do grau de autossuficiência do clausulado desses contratos e dos mecanismos de resolução de litígios utilizados.

de *Direito transnacional* -enquanto condição *fundamentante* daquela realidade.<sup>485</sup> Aos quais se reconhece um papel revelante no desenvolvimento daquela realidade, através da consagração da autonomia da vontade, nas suas decorrências, em sede de obrigações contratuais<sup>486</sup>, a par da indispensável referencia, expressa ou tácita, pelos sujeitos da relação, às práticas contratuais sobejamente conhecidas pelos operadores mercantis internacionais.<sup>487</sup> Reconduzindo os seus normativos a uma natureza meramente contratual e a uma dependência visceral das ordens jurídicas internas. Pelo que não constituiria um verdadeiro Direito objetivo autónomo face aos Estados. Antes desempenharia, fundamentalmente, uma função interpretativa e integrativa dos negócios jurídicos celebrados e, subsidiariamente, uma fonte das ordens jurídicas nacionais.<sup>488</sup>

Todavia, estes autores têm vindo a tecer argumentos sobre o papel determinante da arbitragem privada internacional na gradual libertação daquele complexo normativo dos Direitos nacionais, elegendo-a como o instrumento que confere efectividade à *Lex Mercatória*.<sup>489</sup>

Atendo-nos agora às principais considerações dos opositores ou críticos à corrente nocional objetivista – corrente mais expressiva<sup>490</sup> -, cujos principais mentores são Goldman e Kahn, que por sua vez vislumbram a *Nova Lex Mercatória* como um conjunto de regras de direito objetivo de natureza socioprofissional com validade tendencialmente universal.

Concretizando, ainda que *Kahn*, a denomine de “direito da sociedade internacional dos vendedores e compradores”, mais hodiernamente, o “direito das sociedades multinacionais” e *Goldman* de “direito espontâneo” que emerge das relações económicas internacionais, ambos consideram a *Lex Mercatória*, um direito comum à

---

<sup>485</sup>Ver DASSER, F. - *Lex mercatoria: Werkzeug*, p. 301. Também LANDO, O. - *The Lex mercatória*, p.752.

<sup>486</sup> SCHMITTHOFF, C. - *International Trade*, pp. 269-270;- *Das neue Recht*, pp. 68 e ss; - *The Law*, p. 26; GOLDSTAJN, A.- *International Conventions*, p. 117, - *The New Law*, pp. 177-178, - *Usages of Trade*, p. 65.

<sup>487</sup> Ver. SCHMITTHOFF, C., - *Das eue Recht*, p. 64; Ou segundo GOLDSTAJN, sem acordo expreso, pressupondo-se essa escolha. Ver GOLDSTAJN, A. – *Usages of trade*, p. 79.

<sup>488</sup> Ver as considerações de BERMAN/Dasser [1997:58] lima

<sup>489</sup>Ver, GOLDSTAJN, A. – *International Conventions*, p. 112. Decorre de outro estudo do autor o mesmo entendimento. GOLDSTAJN, A. – *The New Law*, p. 177.

<sup>490</sup> A que se encontra mais próxima, no nosso entendimento, daquilo que hoje constitui a *novallex mercatória*.

generalidade dos operadores do comércio transnacional, sujeitos nas operações mercantis do seu âmbito de aplicação.<sup>491</sup>

Segundo *Goldman*, a Nova *Lex Mercatória* enquanto ordenamento jurídico pressuporia a existência, *de facto*, de uma sociedade mercantil transnacional capaz de, por si só, produzir o seu próprio direito regimentador das operações mercantis transnacionais. Se consideramos que cada Instituição produz o seu próprio Direito, não poderá negar-se o estatuto de Direito àquelas regras reguladoras de uma sociedade *de facto*. Nesta linha de raciocínio, e conseqüentemente, a existência daquela sociedade implica a aceitação de jurisdição à *lex mercatória* que se fundamenta, em última linha, no *principio da efetividade* (e, mais pontualmente, *no principio da analogia*) do Direito.<sup>492 493</sup>

Por ventura, a visão destes autores, porque um tanto ambiciosa, à época, no que tange à real dimensão do direito das corporações no quadro das relações económicas transnacionais, terá despoletado a maioria das críticas por parte de um expressivo setor da *opinio iuris* que considera os operadores do comércio internacional, uma comunidade desprovida de uma unidade e organização – salvo certos grupos socioprofissionais – capazes de produzir e aplicar um corpo disciplinador, com caráter obrigatório, da sua atividade.<sup>494</sup>

---

<sup>491</sup> Principalmente, um estudo levado a cabo por Goldman, sobre o comentário ao caso *Norsolor v. Pabalk*. Nesse estudo afirma-se que «[...] les opérateurs du commerce international constituent bien un groupe sociale s'écifique [...] » um pouco mais adiante, « [...] les 'sociétés marchantes' distinctes du commerce international composent une société globale dont les besoins et les règles coutumières sont déterminés par l'objet économique et par le caractères international des rapports qui s'y nouent » GOLDMAN, B. – **Une bataille judiciaire**, p. 406.

<sup>492</sup> Ver GOLDMAN, B. – **La lex mercatória dans les contrats et l'arbitrage internationaux**, pp. 499 ; GOLDMAN, B. – **Nouvelles réflexions sur la lex mercatoria**, p. 247. Segundo Kahn a jurisdição dos normativos elaborados pelas diversas organizações advinha da sua aplicação generalizada pelos elementos das respetivas organizações socio-profissionais, pelo facto de serem criadas pelos atores mais poderosos e ativos desse grupo. Kahn, Ph., - **La vente**, p. 37.

<sup>493</sup> Goldman, no entanto, terá modificado o seu conceito, admitindo, todavia, que ainda que a *lex mercatória* não constitua um ordenamento jurídico cumpre, na prática, a sua função. Ver GOLDMAN, B. – **Une bataille judiciaire an tour de la Lex mercatória**. n.º 4 p. 407. Ver GOLDMAN, B. – **La lex mercatória dans les contrats et l'arbitrage internationaux**, ob cit.pp. 498-499. Não obstante o que o autor afirma, a verdade é que existem ordenamentos jurídicos que se encontram em processo de formação, pelo que ao longo do seu desenvolvimento poderão apresentar-se incompletos, mas operam como verdadeiros ordenamentos jurídicos. Desta forma, a *lex mercatória* constituiria direito capaz de regular as relações contratuais internacionais de natureza comercial. Ver PAMBOUKIS, Ch., - **La Lex mercatória reconsideré, Le droit international prive: esprit et méthodes**. Melanges Paul Lagarde. Paris. Dalloz, 2005, p. 639.

<sup>494</sup> Com este entendimento Ver REIMANN, Th. – **Zur Lehre**, p. 64; SCHLOSSER, P. - **Das Recht**, p. 150. Batiffol, que entende ser direito positivo somente aquele que é ou será aprovado por uma autoridade. Concretizando para a *lex mercatória* o autor afirma : « si on évoque d'abord les relations privées internationales qui tendent à s'organiser en dehors de toute autorité étatique, il faut rappelles que

As construções teóricas desenvolvidas *Goldman* e *Kahn* parecem ver as suas estruturas abaladas com esta crítica, principalmente se tivermos em linha de consideração que aquelas construções enquadram-se num entendimento nocional institucionalista de ordem jurídica.<sup>495496</sup>

Seguindo os entendimentos de *Santi Romano*, a “organização social”, é fundamental para preencher o conceito de instituição, que a não existir, não se constatará a produção de normas jurídicas.<sup>497 498</sup>

O que é facto é que a diversidade de sectores profissionais , em potência, participantes das relações mercantis transnacionais dificulta a aceitação de um direito regulador dessas relações com natureza universal.<sup>499</sup>

Certo é, também, que com as disseminação das empresas multinacionais e transnacionais pelo globo, surge uma poderosa contribuição para a uniformização das práticas comerciais transnacionais, todavia, não poderemos entender que opere face a todas as operações que apresentem a mesma natureza, realizadas pelo mesmo género de

---

l'organization ne tiendra, donc n'existera, que dans la mesure où elle será orientée, précisée, sanctionnés par des organes principalement professionnels, qui auront le souci et la possibilité de veiller aux intérêts communs de la collectivité considérée. [...] Mais l'existence de l'autorité en question et le caractère de son action ne seront pas toujours clairement établis. BATIFFOL, H.- **Problèmes**, pp. 115 e ss, em particular, pp. 128 e 129. Quanto à existência no futuro de um género de autoridade que fará vigorar aquele Direito transnacional, o autor, em artigo anterior, terá demonstrado uma maior abertura. Ver BATIFFOL, H. – **L'avenir**, pp. 322-323. Lagarde é da opinião de que em determinados setores profissionais podemos reconhecer a coesão organizativa suficiente no sentido de se produzir regras jurídicas disciplinadoras da atividade dos operadores mercantis. Ver. LAGARDE, p. – **Approche critique**, pp. 133 e ss.

<sup>495</sup> Neste sentido ver *In Ibidem*, 133-134.

<sup>496</sup> Aliás, a concepção capaz de sustentar o denominado “pluralismo jurídico”. Rigaux considera a “concepção pluralista do direito” a única consentânea como reconhecimento efetivo da existência de um “[...] espaço transnacional que os poderes económicos privados têm construído [...]”. Ver RIGAUX, F., - **Droit Public**, p. 434. Todavia, em bom rigor, o autor não parece retirar o carácter jurígeno das atividades daqueles poderes pelo facto de não terem uma estrutura organizativa, pois, ele próprio os classifica de “poderes desorganizados”. In *Ibidem*, pp- 433-434. Sobre o “pluralismo jurídico” ver, também, KAHN, Ph., - **Droit international économique**, pp. 97 e ss.

<sup>497</sup> Ordem Social. ROMANO, S. – **El ordenamiento jurídico**. Tradução de S. Martin Retortillo. Ed. IEP, Madrid: 1963, pp. 111 -113, em especial a 112. Sobre a ideia de organização, *in ibidem* pp. 104-105.

<sup>498</sup> Não obstante, o mesmo conceito, à luz do pensamento institucionalista, no nosso entendimento, reconhecer natureza jurídica à atividade normativa desenvolvida por certos e determinados grupos profissionais devidamente organizados. Tendo em consideração os *ditames* emanados por aquela organização, obrigatórios para os agentes da respetiva atividade profissional. Traduzindo, desta forma, regras e princípios, ou normativos dirigidos a um determinado setor mercantil transnacional.

<sup>499</sup> Já Kahn, Ph, considera que para o desenvolvimento da *Lex Mercatória* é necessário: “[...] milieu suffisamment homogène pour que les solidarités professionnelles se fassent sentir [...]”. KAHN, Ph., - **‘Lex mercatoria’**, p. 173.

empresas, visto a dita uniformização se circunscrever a determinados sectores socioprofissionais.<sup>500 501</sup>

Na mesma linha de raciocínio o importante papel da CCI para as relações mercantis transnacionais, que ainda que revele, no âmbito da sua produção normativa, um caráter, eminentemente, orientativo, informador e influenciador.

Goldman terá criado, ao nível das fontes da Nova *Lex Mercatória*, uma hierarquia: em primeiro lugar estariam os usos e costumes, as cláusulas contratuais gerais e os contratos tipo, enquanto modelos jurídicos de regulação. Seguidamente, a jurisprudência arbitral e os princípios gerais.<sup>502</sup> Este modelo hierárquico fora alterado, passando os princípios gerais de direito relativos às relações comerciais internacionais, os princípios comuns aos vários sistemas jurídicos nacionais e a jurisprudência arbitral<sup>503</sup> a ocupar a primeira posição.<sup>504</sup>

Segundo o mesmo autor os elementos constitutivos da nova *lex mercatória* manifestariam na sua natureza todos os caracteres típicos das regras de direito.<sup>505</sup>

Com maior expressão, encontramos na doutrina alguns argumentos esgrimidos contra a qualificação como verdadeiras regras jurídicas, no essencial, de uma das fontes mais marcantes da *lex mercatória*, os usos e costumes do comércio internacional.

---

<sup>500</sup> Através das diversas organizações de classe.

<sup>501</sup> Depreede-se das palavras de Moura Ramos que este autor aceita o entendimento de que a *Lex Mercatória* é um Direito socioprofissional com vocação universal. Ver MOURA RAMOS, R. M. – **DIP e Constituição**, p. 92; No mesmo sentido, JALLES, I.M. – **Direito do Comércio**, em particular pp. 117 e ss.

<sup>502</sup> Estes enquanto instrumentos de interpretação e integração do Direito, constituiriam fonte subsidiária.

<sup>503</sup> Teria como principal função, para além de dirimir os litígios emergentes dos contratos comerciais transnacionais segundo as normas do direito transnacional, em especial da *lex mercatória*, servir de instrumento para a sua manifestação e o seu efetivo desenvolvimento através dos laudos arbitrais, que, por sua vez, ascenderão ao lugar de fontes da Nova *Lex Mercatória*.

<sup>504</sup> GOLDMAN, B.- **Nouvelles réflexions sur la lex mercatoria**, p. 242; Sobre a jurisprudência como fonte principal. KAHN, Ph. – **La lex mercatória: point de vue français après**, p. 423. A jurisprudência como um dos modos de “constação-criação” de um Direito de natureza espontânea. ver LALIVE, P. - **Nouveaux regards sur le droit international privé**, p. 14; - **Problèmes relatifs à l’arbitrage international commercial**, p. 598 e ss. e 649 e ss.

<sup>505</sup> Goldman entende que as regras da *Lex Mercatória* apresentam as seguintes características: a acessibilidade, a generalidade e a previsibilidade; serem criadas, em parte, por uma autoridade de natureza profissional; a sua aplicação ser efetivada pelo próprio meio profissional (que apresenta verdadeiros meios coativos), jurisdições arbitrais e estaduais. GOLDMAN, B. –1964 ob. cit. ., pp. 187 e ss; 1979 ob cit., pp. 499 e ss; ob cit. 1993, p. 248.

Os autores que manifestam esse entendimento, consideram que a esses usos lhes falta o *animus*, ou *opinio iuris vel necessitatis*, que caracteriza o costume enquanto fonte de Direito.<sup>506</sup>

Outro sub segmento desta crítica entende que ainda que seja possível admitir que esses “usos” possam ter aplicação a uma situação jurídica em concreto por forma supletiva, essa intervenção nunca poderia ser equiparada às regras consuetudinárias, visto que o costume não existira sem *animus* ou convicção da obrigatoriedade, cuja ausência caracteriza os normativos com caráter dispositivo.<sup>507</sup>

Segundo Goldman, o caráter prescritivo dos usos, costumes e modelos jurídicos, assisti-los-ia, traduzindo a vontade das partes um mero requisito formal, visto que grande parte dos operadores mercantis se viam obrigados a aceitar aquelas fontes como instrumentos da sua atividade, sob pena de serem excluídos do comércio internacional.<sup>508</sup>

Na doutrina existe um outro setor que critica a importância da arbitragem na construção da nova *lex mercatória*.

Alguns autores consideram reduzida na prática arbitral a aplicação daquele normativo transnacional.<sup>509</sup><sup>510</sup> Também existe quem se insurja contra o propósito de encontrar na jurisprudência arbitral uma fonte da nova *lex mercatória*.<sup>511</sup><sup>512</sup><sup>513</sup><sup>514</sup>

---

<sup>506</sup> Reimann da como exemplo os Incoterms que dependiam da referência expressa ou tácita das partes e as Regras sobre Crédito Documentário que por sua vez apresentara uma aplicação pouco consolidada fora da esfera contratual. Ver REIMANN, Th., - **Zur Lehre**, pp. 65-67. Ver também SCHLOSSER, P. - **Das Recht**, p. 150; LORENZ, W. - **Die Lex Mercatoria**, p. 429; KASSIS, A. - **Théorie**, pp. 312-313; Lagarde, no que tange àqueles dois instrumentos, apresenta uma opinião diferente sobre a possibilidade de ser possível atribuir-lhe natureza normativa. LAGARDE, P. - **Approche critique**, pp. 128-129. Todavia, o mesmo autor, considera que os modelos jurídicos de regulação específicos da *lex mercatória* não apresentam densidade normativa ao ponto de serem considerados regras, porque apresenta um conteúdo variável, o que na prática mercantil contratual, dificulta a extração de soluções jurídicas adoptadas largamente no comércio internacional. Ver *in ibidem* pp. 129-130.

<sup>507</sup> KASSIS, A. - **Théorie**, in passim, pp. 311 e ss e em particular, pp. 316-317. Para Kassis, os usos do comércio internacional só operariam em sede arbitral se não fossem excluídos pelas partes, como instrumentos interpretativos e integrativos da vontade dos operadores contraentes (de acordo com um princípio comum aos diversos sistemas jurídicos.) *In ibidem*, em particular pp. 464 e ss. Os artigos 3.º e 239.º do Código Civil português consagra uma exceção a esse entendimento. De acordo com esses dispositivos legais uma norma consuetudinária não tem caráter supletivo. Segundo Oliveira Ascensão a norma entendida como supletiva passaria a norma imperativa, traduzindo o seu não afastamento um pressuposto de aplicação, que verificado possibilita a sua aplicação na regulação da situação concreta da vida. Ver OLIVEIRA ASCENÇÃO, A. - **O Direito**, p. 203. Consideramos, todavia, que tal como qualquer outra regra de direito, as de natureza costumeira não carecem de caráter imperativo.

<sup>508</sup> GOLDMAN, B. - **Frontières**, p. 188. KAHN, Ph. - **La vente**, p. 37, 42 e 43.

<sup>509</sup> Ver SCHLOSSER, P. - **Das Recht**, p. 151; KLEIN, F.-E. - **De l'autorité**, p. 634. REMIRO BROTONS, A. - **Regla de conflicto**, p. 639.

Chama-se a atenção para os obstáculos a uma uniformização das diversas soluções jurídicas vertidas nos laudos arbitrais, sobretudo porque a sua maioria não é publicada.<sup>515</sup><sup>16</sup>

No que tange, especificamente, aos critérios jurídicos ou fácticos adotados pelos árbitros, no sentido de determinar o Direito aplicável ao litígio,<sup>517</sup> há quem considere que alguns surgem da autonomia privada, em particular, do concreto exercício da liberdade de escolha da norma de conflitos mais adequada, estabelecida em instrumentos internacionais, como convenções, não constituindo, desta forma, uma real “criação original” operada pelos juízes árbitros.<sup>518</sup>

Destacamos, também, aqueles argumentos que procuram por em causa a existência de uma verdadeira autonomia da Nova *Lex Mercatória* relativamente aos diversos ordenamentos jurídicos nacionais.

---

<sup>510</sup> Facto que, como temos constatado na atualidade, tem sofrido sérias alterações.

<sup>511</sup> Invocando a falta de coesão e conseqüente ausência de previsibilidade. VERDERA Y TUELLS, E. – **El ‘Pierce the Veil’**, p. 46; GODDARD, J.A. – **El Jus Gentium**, p. 437; Sustentando que a criação da *lex mercatória* através da prática arbitral, apenas seria possível em determinados setores do comércio internacional. DAVID, R. – **Le droit du commerce**, pp. 16-17. No entanto veio a rejeitar essa possibilidade. DAVID, R. – **L’arbitrage**, 485.

<sup>512</sup> Os laudos arbitrais como instrumento de manifestação da nova *lex mercatória*. GOLDMAN, B. – **La lex mercatória**, pp. 491 a 497; LANDO, O. – **The Lex Mercatoria**, pp. 751 a 755; DERAÏNS, Y. – **Les normes**, pp. 29-30. FOUCHARD, Ph. – **L’arbitrage**, pp. 446 e ss; LOUSSOUARN – J. – D. BREDIN, - **Droit du commerce**, pp. 44 e 45. KAHN, Ph. – **La vente**, p. 41. Este último autor, no entanto, tem refletivo sobre o verdadeiro papel da arbitragem na sua edificação, concluindo com a seguinte expressão «[I]l droit international économique reste avant tout un droit contractuel en tant que construction cohérente. » KAHN, Ph., - ‘**Lex mercatoria**’ et pratique, p. 209.

<sup>513</sup> Goldman admite a existência de regras substantivas criadas pela jurisprudência arbitral, partindo da constatação de soluções idênticas na prática arbitral. Ver GOLDMAN, B. – **La lex mercatória**, pp. 493-497.

<sup>514</sup> Sobre a existência da formação no seio arbitral de um Direito Internacional privado da *lex mercatória*, constituído por um conjunto de critérios fácticos e jurídicos - de escolha do Direito aplicável ao fundo da causa - originais adotados pelos árbitros. GOLDMAN, B. – **La lex mercatória**, pp. 491-492; LALIVE, P. – **Les règles**, pp. 90 e ss. Com a visão futurista de uma «‘Lex mercatoria’ of conflictual rules». MEHREN, A.T. Von, - **To What Extent?**, p. 227.

<sup>515</sup> Ver REMIRO BROTONS, A. – **Regla de conflicto**, p. 639.

<sup>516</sup> Apesar dos obstáculos apresentados pela confidencialidade dos laudos arbitrais. ver LALIVE, P. [1994:14; 1967:598 e ss., e 649 e ss.].

<sup>517</sup> Entendidos como um contributo da jurisprudência arbitral para a edificação da nova *lex mercatória*. Ver nota n.º 113

<sup>518</sup> A propósito da Convenção de Genebra de 1961 sobre a Arbitragem Comercial Internacional. LORENZ, W. – **Die Lex Mercatoria**, p. 428.

Muitos autores entendem que o recurso à máquina judiciária estadual, como meio necessário, em última linha, para fazer executar decisões arbitrais não cumpridas pelas esferas de interesse, traduz um sério obstáculo à supra indicada independência ou autonomia. Por duas razões: as ordens estaduais constituem um mecanismo necessário para fazer cumprir as sentenças arbitrais;<sup>519</sup> em sede de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais fundadas na *Lex Mercatória*, os Direitos nacionais podem instituir limites ou filtros, no fundo, obstáculos, seja pela exclusão dessas soluções, seja porque incompatíveis com normas imperativas.<sup>520</sup>

Outra abordagem crítica que poderia, também, ser feita à nova *Lex Mercatória*, por decorrência da, suposta, ausência de autonomia dos ordenamentos jurídicos estaduais e do carácter sectorial da comunidade mercantil internacional e consequente fragmentação regulativa, prender-se-ia com o carácter lacunoso do seu complexo normativo, seja dentro de um grupo profissional organizado ou fora desse mesmo grupo.<sup>521 522 523</sup>

---

<sup>519</sup> BONELL, M. J. – **Le regole**, pp. 187-188; SCHLOSSER, P. – **Das Recht**, p. 151.

<sup>520</sup> Entre outros autores. Ver. REMIRO BROTONS, A. – **Regla de conflicto**, pp. 640-642 ; REIMANN, Th., *Zur Lehre*, pp. 94 e ss. ; SCHLOSSER, P. – **Das Recht**, p. 152; KLEIN, F.-E., - **De l'autorité**, pp. 632-633; CARRILLO SALCEDO, J.A. – **Derecho**, pp. 126-127. HECKE, G. Van, - *Principes et méthodes*, p. 46. O mesmo autor frisa que as jurisdições estaduais têm vindo a não operar uma revisão do mérito de tais decisões. (no mesmo sentido o **Regulamento (CE) N.º 44/2001 do Conselho de 22 de Dezembro de 2000 relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial**, no seu art. 36.º).

<sup>521</sup> Canaris, entende que a ideia de Direito pressupõe um sistema. CANARIS, C. – W. – **Pensamento sistemático**, pp. 14 e ss., em especial p. 22. Ver também, Menezes Cordeiro no intróito da edição portuguesa desta obra, na pp. LXIII e ss., em particular p. LXVI.

<sup>522</sup> Goldman (1979), já entendia que o principal motivo da descrença na Nova *Lex Mercatoria* seria por o facto de este normativo corresponder a um ordenamento jurídico “incompleto”. GOLDMAN, B. – **Frontières du Droit et «Lex Mercatoria»** p. 189. Segundo Kassis, Goldman manifestaria algumas incertezas em considera-la um sistema jurídico, visto em sede de natureza jurídica, considera-la um ordenamento jurídico *incompleto*, cindindo-a, aparentemente, dos ordenamentos jurídicos nacionais, ditos completos. KASSIS, A. – **Théorie**, p. 392.

<sup>523</sup> A propósito da ausência de regulamentação em matérias relevantes no panorama jurídico, Oliveira Ascensão, entende constituir uma verdadeira “fatalidade”. ASCENÇÃO, O. – **O direito**, p. 339.

5. Sumula dos principais argumentos.

Á *Nova Lex Mercatória* faltaria:

- **A universalidade regulativa;**
- **O fator “organização social”;**
- **O caráter jurígeno de algumas das suas regras;**
- **A efetividade e a conseqüente ausência de autonomia perante ordens jurídicas estaduais.**
- **Incompletude regulativa.**

## 6- Direito positivo da Contratação Internacional.

Antes de tomarmos posição nesta querela indagaremos sobre os fundamentos jurídico-filosóficos da *New Merchant law*. Na verdade, é em torno da própria ideia de Direito que circundam e emergem todas as perspectivas e respetivos argumentos dirigidos à questão sobejamente discutida de saber se aquela realidade constitui ou não uma ordem jurídica autónoma.

De forma sucinta abordaremos a noção de Direito partindo das seguintes perspectivas: do positivismo de *H.Kelsen* (1881-1973), do positivismo de *Hart* (n. 1907),<sup>524</sup> do pluralismo institucional de *Santi Romano*,<sup>525</sup> do pluralismo jurídico de *Teubner*, finalmente, faremos uma breve incursão sobre o formalismo hipostático de *Francisco Laporta*.<sup>526</sup>

*Kelsen*, parte de uma ideia positivista do Direito procedendo a uma identificação entre este e o próprio Estado onde ele é vigente ou positivo<sup>527</sup> o que implica, inevitavelmente, que a norma jurídica corresponda, necessariamente, a uma norma de uma ordem jurídica estadual.<sup>528</sup>

---

<sup>524</sup> Refletem a influência do *positivismo* e a filosofia analítica.

<sup>525</sup> Revela alguma influência do positivismo. “La philosophie juridique de Santi Romano se caractérise par le respect rigoureux d’une «conception positive du droit». ” DELVAUX, Paul, - **Sur l’ordre juridique de Santi Romano**, Traduction française et Pierre Gothot, Paris, Dalloz, 1975, p. 388. In *Archives de Philosophie Du Droit*, T. 24, Bulletin de commande permanent.

<sup>526</sup> A escolha destes autores decorre de um estudo prévio sobre o estado da arte, no qual se demonstrou serem os autores mais reconhecidos no domínio das construções jurídico filosóficas sobre a conceção de Direito da atualidade.

<sup>527</sup> Aspetos diferentes, mas indissociáveis, de uma mesma realidade. O Estado corresponde ao direito enquanto atividade normativa, por sua vez, o direito é o Estado enquanto quadro dogmático fixado pelas suas normas jurídicas. KELSEN, H. - **Teoria Pura do Direito**, II2, Tradução de João Baptista Machado, Arménio Amado-Editor: Coimbra, 1962, 163-182.

<sup>528</sup> «O Estado, como comunidade jurídica, não é algo separado d[a] sua ordem jurídica, não mais do que a corporação é distinta d[a] sua ordem constitutiva. Uma quantidade de indivíduos forma uma comunidade apenas porque uma ordem normativa regulamenta sua conduta recíproca. A comunidade [...] O termo «comunidade» designa o fato de que a conduta recíproca de certos indivíduos é regulamentada por uma ordem normativa. [...] «Como não temos nenhum motivo para supor que existam duas ordens normativas diferentes, a ordem do estado e a ordem jurídica, devemos admitir que a comunidade a que chamamos de “Estado” é a “sua” ordem Jurídica. O Direito francês pode ser distinguido do Direito Suíço ou do mexicano sem a necessidade de recorrer à hipótese de que um Estado francês, suíço ou mexicano existam como realidades sociais de modo independente..Kelsen, H. – **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução. Luís Carlos Borges, São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 263-264

Consideramos pertinente articular este entendimento com a corrente monista no que concerne com a relação existentes entre o ordenamento jurídico interno e o internacional:

«Se a ordem jurídica nacional for considerada sem referencia ao Direito internacional, então o seu fundamento último de validade é a norma hipotética que qualifica os “Pais da Constituição” como uma autoridade criadora de Direito. Se, porém, levarmos em consideração o Direito internacional, descobriremos que essa norma hipotética pode ser derivada de uma norma positiva dessa ordem jurídica: o principio da eficácia. É segundo esse principio que o Direito internacional confere aos “Pais da Constituição” o poder de funcionar como os primeiros legisladores de um Estado» (...) «Desta última maneira, o Direito Internacional forma a base da ordem Jurídica nacional. Ao estipular que um indivíduo ou grupo de indivíduos capazes de obter obediência permanente à ordem coercitiva por eles estabelecida [,] devem ser considerados autoridades jurídicas e legítimas, o Direito internacional “delega” as ordens jurídicas nacionais cujas esferas de validade ele, desse modo, determina. »<sup>529</sup>

Da conjugação do supra referenciado resulta que a construção deste autor não dá espaço à existência de outros sistemas jurídicos que o Estadual e o Internacional. Um terceiro Direito não seria reconhecido segundo os dogmas instituídos por este autor. Nesta esteira, a Nova *Lex Mercatória* seria uma realidade não jurídica.<sup>530</sup>

*Hart* na sua obra<sup>531</sup> encontra no Direito uma “unión de reglas primarias y secundarias”. Numa sociedade menos desenvolvida, ou caracterizemos como primitiva ou mais simplificada em termos de estrutura sociopolítica, seriam suficientes regras de natureza imperativa, eminentemente as precativas, denominadas de *primárias*.

Com a preocupação de delimitar o sentido e alcance dessas regras surgem as *regras de reconhecimento* ou *recongnitivas* que identificam as normas constitutivas do sistema jurídico.

---

<sup>529</sup> *In ibidem*, p. 522.

<sup>530</sup> Infere-se, também, o mesmo entendimento. CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., - **Los contratos internacionales y el mito de la ‘nueva lex mercatoria**, en *Estudios sobre Contratación Internacional*. Colex Madrid, 2006. pp. 55 ss.

<sup>531</sup> HART, H. – **El concepto de Derecho**. Tradução de G. Carrió. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990. pp. 99-12.

Nessa sociedade outro problema se coloca que se prende com o caráter estático das regras, pois não podiam, deliberadamente, adaptar-se às mudanças operadas no tecido social. Assim, como resposta a este problema, *Hart*, aponta as regras de *câmbio* ou de mudança, que atribuem competências para criar, modificar ou extinguir as regras preexistentes.

*Hart*, vislumbra a pressão social difusa como um instrumento incapaz de garantir a validade das regras, isto é de impedir que as mesmas sejam violadas. O mesmo autor, entende, que como forma de garantir essa mesma validade, existem as regras de adjudicação, que atribuem a um indivíduo ou pessoa coletiva com autoridade – sistema judicial - o poder de determinar se e quando, em cada caso, se violou uma regra primária.

Conforme verificamos acima o ordenamento jurídico é constituído um sistema de regras de dois tipos, as primárias ou principais e as secundárias ou instrumentais, que concretizam, adaptam e efetivam as primárias.

Iremos agora verificar se a estrutura da Nova *Lex Mercatória* vê acolhimento nesta conceção de Direito.

Dando como assente a existência de verdadeiras regras primárias. Seguimos, de acordo com as linhas do pensamento positivista analítico de *Hart*, para o ponto fulcral a abordar da sua teoria, que entendemos ser, as regras de reconhecimento. Neste âmbito, consideramos uma tarefa, pelo menos, difícil, falarmos de regras de reconhecimento da *lex mercatória*.

Entendemos, todavia, que a base desse reconhecimento poderá ser encontrada na articulação: dos princípios gerais de Direito, em especial os de origem contratual, como heterointegração sistemática da Nova *Lex Mercatória*, a par dos princípios UNIDROIT e PECS e de outras formas de desenvolvimento identitário e concretizador daquela realidade; com a dinâmica dos diversos setores profissionais e respetivas organizações de classe, a par das instituições de poder que têm promovido à elaboração de compilação dos usos e costumes e a recriação de modelos regulativos (...) comumente aceites na prática mercantil transnacional; e com o labor das instâncias arbitrais. Sendo

certo quequem esteve na base de grande parte deste trabalho foram, maioritariamente, juristas de renome, sem retirar o devido reconhecimento aos técnicos árbitros.

No que respeita às regras de mudança, consideramos inútil fazer uma incursão sobre estas regras, visto considerarmos a própria *Lex Mercatória* a mudança, reflexo da nova ordem mundial. No entanto, podemos dar a título de exemplo o procedimento inerente às revisões dos Incoterms.

No que tange às regras de adjudicação, não parece descabido que sejam as clausuladas, pelas instituições arbitrais nos seus regulamentos e práticas arbitrais apositivas, enquanto instrumentos validantes do Direito.

Não fechamos, todavia, a possibilidade de as regras de adjudicação de um ordenamento estatal reconhecerem a *Lex Mercatória* como um direito aplicável pelos tribunais, sem que esta perca a autonomia enquanto sistema.

Ainda que para nós a construção *Hartiana*, poderia, talvez, integrar a nova *lex mercatória* como Direito, temos sérias dúvidas que o autor tivesse em mente o objeto do nosso estudo.

No entanto, a ideia de que a *societas mercatorum*, encontrar-se-ia, ainda, em fase embrionária, ou, recorrendo à expressão do autor numa fase *pré-jurídica*, julgamos nós que jaz, sem muito apego. Ela traduz irremediavelmente o jurígeno do mundo dos negócios transnacionais.

*Santi Romano* apresenta-nos uma visão da ideia de Direito que tem sido acolhida, em grande parte pela doutrina, como um dos mais eficientes contributos para a construção teórica da nova *lex mercatória*, por ter como base fundamental, a perspetiva sociológica e o pluralismo jurídico no Direito.<sup>532 533 534</sup>

---

<sup>532</sup> Alguns autores como F. Geny, O. Gierke, E. Ehrlich, já apresentavam conceções pluralistas do Direito.

<sup>533</sup> Santi Romano considera que no campo ajurídico, as instituições constituem entes sociais autónomos e organizados. Lembra, também, que existem entidades infraestaduais de difícil classificação como pessoas jurídicas. Entende que será necessário ampliar a noção de pessoa jurídica, permitindo incluir nela entes jurídicos autónomos. Chega mesmo a considerá-los instituições. Finalmente, para o autor o Direito seria uma organização, e esta última a forma interna da instituição, considerando a instituição equivalente a ordenamento jurídico. TARANTINO, A., - **La teoria della necessità nell'ordinamento giuridico**, Milan: Giuffrè, 1980, pp. 57-58; TARANTINO, A., - **Brevi riflessioni sui precedenti dottrinali dell'istituzionalismo di Santi Romano**, "Rivista internazionale di Filosofia del Diritto", 1977, pp. 687-691.

<sup>534</sup> Santi Romano «s'agissait de l'observation de l'ordre juridique considéré dans son ensemble et non point de l'étude d'une série de normes juxtaposées. » DELVAUX, Paul, - **Sur l'ordre juridique de Santi Romano**, in Archives de Philosophie du droit, Tome 24, les biens et les choses en droit, 1979. p. 281.

Romano entende que a ideia de Direito pressupõe alguns caracteres elementares: devemos partir da noção de sociedade enquanto fenómeno jurídico, afastando do Direito a esfera pessoal do indivíduo; a “ordem social”, estando excluídos quaisquer elementos de natureza arbitrária ou com o recurso à força física ou material, forças não ordenadas; O elemento organização, no estrito sentido de ordenamento jurídico, permitiria ao grupo que se encontrasse no estágio inorgânico, evoluir para um outro estágio ou fase orgânica, resultando o grupo societário uma ordem social organizada. Assim, “o Direito antes que ser norma, antes de implicar uma simples relação ou uma serie de relações sociais, é, sobretudo, organização, estrutura e posicionamento da mesma sociedade onde se desenvolve.” Por esta razão, “o conceito que nos parece necessário [por um lado] e suficiente [por outro lado] para expressar em termos exatos o conceito de Direito como ordenamento jurídico considerado global e unitariamente, é o conceito de instituição.”<sup>535</sup> A instituição corresponde à expressão da natureza social do Homem,<sup>536</sup> pelo que, a instituição será, também, organização<sup>537</sup>, principalmente, se tivermos em linha de conta que o objetivo do Direito é a organização da sociedade.<sup>538</sup>

Segundo o mesmo autor, o Direito é organização e a organização é pressuposto da Instituição e, também, critério de jurisdição. Através da instituição, Romano, acrescenta ao conceito de ordenamento jurídico a noção de ordem social. Aquela, por sua vez, advém da necessidade de organizar – unificando, cristalizando e estruturando – os fluidos sociais por forma independente. O conteúdo desses fluídos – exigências e expectativas – elevados a Instituições, serão identitários de cada ordenamento jurídico individual. As instituições, nesta linha de raciocínio, correspondem, respetivamente, aos diversos ordenamentos jurídicos, aos vários Direitos.<sup>539</sup>

Decorre desta construção teórica uma visão pluralista da noção de Direito, retirando o exclusivo ao Estado, enquanto criador e aplicador do Direito.<sup>540</sup>

---

<sup>535</sup> Romano, S. – **El ordenamiento jurídico**. Tradução de S. Martín Retortillo. Ed. IEP, Madrid: 1963, p. 111-113.

<sup>536</sup> Aristóteles, considerava o Homem um animal político porque está na sua natureza viver em comunidade (*polis*). Atente-se, também, à expressão *unus homo, nullus homo*, da qual se retira que o Homem isolado é uma nulidade.

<sup>537</sup> Relação existente entre norma e ordenamento. *In ibidem*. pp. 139-142

<sup>538</sup> *In ibidem*, pp. 130-131.

<sup>539</sup> *In ibidem*, pp. 158.

<sup>540</sup> Aliás, o Direito do Estado é um Direito entre os diversos do Globo.

Finalmente, e partindo da noção que o autor dá de *relevância jurídica*, elaborou uma teoria sobre as relações existentes entre os diversos ordenamentos jurídicos.<sup>541</sup>

Consideramos que a doutrina institucionalista do Direito alargou “os horizontes da experiência jurídica para além das fronteiras do Estado. Fazendo do Direito um fenómeno social e considerando o fenómeno da organização como critério fundamental para distinguir uma sociedade jurídica de uma sociedade não jurídica, esta teoria rompeu com o círculo fechado da teoria estadualista do direito, que considera direito apenas o direito estatal, e identifica o âmbito do direito com o do Estado.” Atente-se para o facto de a “teoria esta[dua]lista do direito” ser “produto histórico da formação dos grandes Estados modernos, erigidos sobre a dissolução da sociedade medieval.” Uma sociedade “pluralista, isto é, formada por vários ordenamentos jurídicos, que se opunham ou se integravam: havia ordenamentos jurídicos universais, acima daqueles que são hoje os Estados nacionais, como a Igreja e o Império, e havia ordenamentos jurídicos particulares abaixo da sociedade nacionais, como os feudos, as corporações, e as comunas.” [...] O Estado moderno foi formado através da eliminação ou absorção dos ordenamentos jurídicos superiores e inferiores pela sociedade nacional, por meio de um processo que se poderia chamar de *monopolização da produção jurídica*.” Devemos, nesta linha de pensamento, compreender que se, ainda, hoje persiste “uma tendência em identificar o direito com o direito estatal, essa é a consequência histórica do processo de centralização do poder normativo e coativo que caracterizou o surgimento do estado nacional moderno.”<sup>542</sup>

*Santi Romano*, entre outros autores, que pugnam uma visão sociológica e pluralista do Direito, trouxeram uma sólida base de fundamentação doutrinária para a explicação e fundamento da existência da Nova *Lex Mercatória*, enquanto ordenamento jurídico autónomo. Entendimoste, que partilhamos, pelo menos como ponto de partida para uma construção jurídico filosófica de base à nova lei dos mercadores.

Adiantando algumas considerações:

---

<sup>541</sup>*In Ibidem*, p. 158.

<sup>542</sup> BOBBIO, N. – **Teoria da Norma Jurídica**, Tradução Fernando Pavan Baptista e Ariani, Bueno Sudatti. 3.ª Edição. Brasília: Universidade de Brasília, 1997. pp. 30-32.

Acentuamos a tónica sobre a ideia de *Instituição*. No nosso entender, mais importante do que o quem compõe aquela organização, o que se pretende com a mesma estrutura. Em particular, a Nova Lex Mercatória é composta por interesses, expectativas, comuns e vontades convergentes, cujo unísono faz erigir uma estrutura ou organização de cariz autónomo. Referindo, mais uma vez, a expressão *Lobbies*, enquanto grupos de interesse susceptíveis de interpenetrar as instâncias de poder, objeto de influência. Por outro lado, a própria dinâmica de grupo que sedimenta eficazmente os alicerces validantes dos fluidos assumidos pelo mesmo grupo.

A nova *lex mercatória* é constituída por diversos fluxos sectoriais, mais ou menos estruturados, o que a nosso ver não lhe retira o carácter organizativo, visto naquela perspectiva. O grau de organização não parece o principal problema, mas sim, o grau de influência, efetividade e consequente autossuficiência.

Finalmente, apresenta-se dinâmica, fluida, mas pujante e soberanamente capaz. Consideramos, numa primeira linha que faria sentido a natureza estável e estruturada da organização, permitindo a mutação dos argumentos edificantes daquela Instituição. Todavia, consideramos que a habilitação para a transmutação, que é constante no mundo dos negócios, revela a capacidade criativa e autovalidade da Instituição.

Tudo isto para afirmar que numa vertente Institucionalista, o fenómeno Instituição como *Lapis Philosophorum* não se deve bastar à rigidez da sua estrutura - membros e fluidos - enquanto organização, flexibilizando-se. Nesta linha de raciocínio, passaríamos a ter um Direito Institucionalista plural e difuso em cada célula do seu conteúdo, mas unitário na sua estrutura – entenda-se fluxos de interesses - a par de uma complexa e multifacetada realidade constituída pelos diversos sistemas jurídicos.

*Teubner*, define Direito como um sistema de natureza social “autopoiético”.<sup>543</sup> ou seja, como que uma rede de operações básicas que reproduzem, continuamente, operações de carácter elementar. Os componentes *moleculares* desse sistema, isto é, os seus elementos fundamentais, não são as normas jurídicas, mas a filigrana de comunicações

---

<sup>543</sup> Sobre os Sistemas autopoiéticos e o Direito Global. Ver GARCIA AMADO, J. A – **Sociologia sistémica y política legislativa**. AFD, Madrid, 1988, pp. 243-270.

existentes.<sup>544 545</sup> O Direito auto observa a sua prática normativa. Essa observação implica a existência de um sistema capaz de influenciar as operações, para além da mera reprodução. Essa autoobservação opera sobre *esquemas de diferenças*.<sup>546 547</sup>  
<sup>548</sup>Distanciando-se da ideia da máquina normativa do Estado como única estrutura capaz de produzir as normas componentes de um determinado ordenamento jurídico. Aliás, essa perspectiva é condição *sine qua non* o fenómeno do pluralismo jurídico inerente ao entendimento do autor não é assimilável.

Segundo o autor, o Direito pela inerente “diferenciação funcional” constitui “um sistema social unitário de carácter mundial”. A unidade fundamenta-se em termos procedimentais no modo como “as operações jurídicas se vinculam entre si.” No Direito mundial a unidade jurídica passa da consistência normativa à interlegalidade operativa.”  
549

Com o fenómeno globalização – que se caracteriza pela queda de barreiras espaciais e temporais - o Direito moderno experimenta um novo paradigma, evoluindo de uma diferenciação territorial – caracterizado pela interrelação existente entre os diversos normativos dos vários ordenamentos jurídicos existentes – para uma diferenciação setorial – atendendo aos verdadeiros fluxos normativos autónomos,<sup>550</sup> paralelos aos direitos nacionais – que apresenta como principais atores, os sujeitos da sociedade transnacional, que, criara normas regimentadoras auto direcionadas, insuscetíveis de ver concretização efetiva através das instituições nacionais ou internacionais, motivo pelo

---

<sup>544</sup>O Direito retira a sua própria validade do seu interior.

<sup>545</sup> TEUBNER, G. – **El Derecho como sujeto epistémico: Hacia una epistemología constructivista del Derecho**. Tradução por Carlos Gómez-Jara Díez, Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. N.º 25, 2002, p. 551.

<sup>546</sup> O Direito processa, por forma autónoma, “informação, cria mundos de sentido, fixa objetivos e fins, produz construções da realidade e define espetativas normativas”. Tudo isto à margem das “construções” dos juristas. *In ibidem*

<sup>547</sup> Quando o sistema de auto-observação adquire uma certa maturidade, resulta a produção das operações resultantes do Direito – auto-descrição.

<sup>548</sup> Podemos também falar de auto-organização do sistema que constituiria uma fase mais avançada que permitiria a sua auto estruturação por via interna. Finalmente, a auto-produção se o sistema gerasse os seus próprios elementos. Da articulação da auto-produção com a auto-descrição como regulação da auto-reprodução obtemos um sistema autopoietico – pleno.

<sup>549</sup> TEUBNER, G. – **El Derecho como sistema autopoietico de la sociedad global**. Tradução Gómez-Jara Díez, C. Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pp. 119-120.

<sup>550</sup> Criados pela prática e vontade dos mercados e ramos de negócios invisíveis”, “comunidades profissionais invisíveis” e “redes sociais invisíveis” que se estendem pelo espaço transnacional. Ver TEUBNER, G. - **A Bukowina Global sobre a emergencia de um Pluralismo Jurídico Transnacional**. Tradução de P. Naumann. Impulso. Revista de Ciências Sociais e Humanas. Universidade de Piracicaba. Vol 14, N.º33, 2003, p. 14

qual várias instituições de natureza privada têm vindo a edificar aquilo a que chamamos de Direito autónomo com validade, tendencialmente, universal, que para Teubner, advém da “auto juridificação de diferentes segmentos sociais.”<sup>551</sup>

A disseminação desses blocos normativos de Direito autónomo horizontaliza a estrutura hierárquica normativa existente nos direitos nacionais. No centro do Direito autónomo estão os órgãos da judicatura e na periferia ou círculos excêntricos ou margem *radiante*, os regimes jurídicos independentes autodefinidos dentro das fronteiras do Direito, *fundamentante* da validade destes, mantendo contato com os diversos setores ou esferas sociais autónomos.<sup>552</sup>

Para Teubner o pluralismo jurídico pressupõe um conjunto alargado de vários processos de comunicação que promovem a observação dos comportamentos sociais de acordo com um código binário Direito/ não Direito (*recht/unrecht*).<sup>553</sup>

Nas palavras do autor incluindo “a globalização fragmentada por diferentes sistemas sociais na perspetiva de análise, fica simultaneamente claro que uma tal teoria deveria conceder um peso muito distinto aos diferentes tipos de produção da norma. Uma teoria pluralista do direito compreenderia o direito econ[ó]mico global como um processo extremamente assimétrico de autorreprodução jurídica. O direito económico global é uma forma do direito com um centro subdesenvolvido, mas, ao mesmo tempo, uma periferia altamente desenvolvida. Mais precisamente, é uma forma jurídica cujo “centro” foi criado pelas “periferias” e permanece dependente delas. A *Lex Mercatoria* representaria, nessa perspetiva, aquela parte do direito econ[ó]mico global que opera na periferia do sistema jurídico em “acoplamento estrutural” direto com empresas e transações econ[ó]micas globais. Ela representa um ordenamento jurídico *paralegal*, criado *à margem* do direito, nas interfaces com os processos econ[ó]micos e sociais.”<sup>554</sup>

---

<sup>551</sup> *In ibidem*, 121.

<sup>552</sup> *In ibidem*, 122

<sup>553</sup> Não pressupõe o conflito de normas no tecido social.

<sup>554</sup> Teubner, G. - *Global Bukowin Legal Pluralism in the World Society, Global law Without a State*. Dartmouth, Alderhot, 1997, pp. 3-28. Em português. Ver TEUBNER, G. - *A Bukowina Global sobre a emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional*. Tradução de P. Naumann. Impulso. Revista de Ciências Sociais e Humanas. Universidade de Piracicaba. Vol 14, Nº33, 2003, p. 18. Disponível em: <http://www.unimep.br/phpg/editora/revistaspdf/imp33art01.pdf>. Consultado em: 18-03-2012. Ver também. Teubner, G.: *La Cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergence delle costituzioni civili*. Armando Editore, Roma, 2005, pp 17-37.

De entre as diversas comunicações da sociedade plural mundial, a Nova *Lex Mercatoria* teria que destacar, somente aquelas que partilham de um código direito/ não direito.

Aquele Direito apresenta como categoria jurídica mais expressiva os contratos globais. Segundo *Teubner*, “[d]iante de uma *Lex Mercatória* sem fundamentação num ordenamento jurídico, os representantes da sociologia do direito fariam a seguinte pergunta: em que consistem os “pressupostos não-contratuais” da celebração de contratos globais? Porventura nos próprios contratos? No entanto, esse parece ser um beco sem saída, pois cada autocolocação em vigor de um contrato conduz automaticamente a um paradoxo – o da auto-referência [-] (...) Sua variante positiva (“Acordamos que o nosso acordo tem validade”) equivaleria a uma pura e simples tautologia. Já em sua variante negativa (“Acordamos que o nosso acordo não tem validade”), estamos diante do típico paradoxo autorreferencial que conduz tão somente à oscilação sem fim (válido – inválido – válido...) e ao bloqueio. O resultado é a impossibilidade de tomar uma decisão. Em virtude sobretudo desse paradoxo subjacente, os juristas e sociólogos declaram inconcebíveis os contratos que se autocolocam em vigor, operando, assim, a *reductio ad absurdum* da *Lex Mercatória*.”<sup>555</sup>

Desta feita, coloca-se a questão de saber qual o verdadeiro fundamento dos contratos transnacionais ou globais.

Para *Teubner*, a praxis social apresenta outros horizontes e “desenvolveram três métodos de dissolução do paradoxo - a temporalização, a externalização e a hierarquização” que se articulam permitindo “ao direito global da periferia construir” o centro, independentemente dos Estados. Resulta do primeiro método que a auto-validação constitui um processo *à la longue* – resultante de “uma sequência da constituição recorrente e recíproca de atos jurídicos e estruturas jurídicas.” Cada contrato possui um componente prospectivo – porque remete a soluções de litígios emergentes do contrato - e um componente retrospectivo – na medida e que remete para um conjunto de regras já existentes. Tornando-se um elemento de um processo auto-reprodutor, “no qual a rede reproduz continuamente novos elementos sistêmicos.” No

---

<sup>555</sup>TEUBNER, G. - *A Bukowina Global sobre a emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional*. Ob. cit. p. 21

que tange à externalização, o contrato autovalida-se quando se submete à arbitragem (instituição autocriada externa - não Estaduais), cujo poder de julgar – ajuizar a sua validade - deriva do contrato.<sup>556</sup> Emergindo deste circuito um verdadeiro ordenamento jurídico autónomo, tendencialmente, universal. Finalmente falamos da hierarquização, citando o autor “[e]sses contratos erigem, num primeiro momento, uma *hierarquia* interna de regras contratuais” mas também regras especiais, que asseguram “ o procedimento de identificação de regras primárias e controla[m] a sua interpretação e os procedimentos de solução de conflitos.”(...) As meta-regras são autónomas diante das regras, embora ambas tenham a mesma origem contratual. Segundo Teubner, a *lex mercatoria*, apresenta uma relação circular fechada entre os centros ou polos institucionais – contrato e arbitragem - visto para além das regras materiais apresenta regras prescritivas que remetem para um tribunal arbitral a incumbência de dirimir o litígio emergente do contrato. Com aquele da início a interação ou interrelação entre um ordenamento jurídico de tipo “legal” e outro de tipo “não legal” tão característico dos sistemas jurídicos modernos.<sup>557</sup>

O Fundamento da nova *lex mercatória* é o contrato que verá – porque clausulada a convenção arbitral - a sua validade ajuizada por um tribunal arbitral (fator externalizante). Atente-se para a margem de autonomia configurada pela ausência de *lex fori* para o árbitro transnacional.

Para eliminar o paradoxo - *a validade da decisão sobre a validade do contrato será dirimida pelo mesmo contrato* - abordaremos sobre “a competência da competência” ou *Kompetenz-Kompetenz* do arbitro<sup>558</sup> para aceder ou não ao conteúdo do diferendo no sentido de o solucionar. “De acordo com a missão que lhe foi cometida – apreciar de

---

<sup>556</sup> “Uma outra externalização, ao lado dessa constituição contratual de instâncias com aparência de tribunais (*Quasi-Gerichte*), consiste na qualificação contratual como instituições por assim dizer legislativas (*quasi-legislative Institutionen*), como a Câmara de Comércio Internacional, em Paris, a associação jurídica internacional, em Londres, a Comissão Marítima Internacional, em Antuérpia, ou outros tipos de associações comerciais internacionais. Desse modo, celebrações de contratos transnacionais criam *ex nihilo* um triângulo institucional de *jurisprudência, legislação e contrato*, funcionando de modo circular simultaneamente como fundamento não-contratual do contrato global. *In Ibidem*, 23.

<sup>557</sup> *In Ibidem*, 22

<sup>558</sup> Segundo jurisprudência estrangeira e sentenças CCI, o principio constitui um Principio de Direito internacional geral. MIMOSO, Maria, João, pp. 130-131.

determinado diferendo – o árbitro decidirá, ou não, prosseguir a instância arbitral, considerando, assim, o litígio arbitrável ou não arbitrável.”<sup>559</sup>

No caso de decidir pela não arbitrabilidade do diferendo, o litígio poderá ser dirimido por um tribunal da judicatura Estadual, caso se considere competente o paradoxo mantem-se.

No entanto, e à luz do princípio da autonomia da cláusula arbitral<sup>560</sup> no que concerne à validade do contrato de onde resulta,<sup>561</sup> a validade acerca da decisão sobre a validade do contrato tem como base o próprio contrato, seja se o árbitro o considera válido - cujo poder deriva da cláusula arbitral aposta no contrato -, seja se o considera inválido – neste caso a validade tem como fundamento, diretamente, o contrato em si. Desta feita o contrato apresenta uma natureza autorreferencial.

Em suma, a nova lex mercatória apresenta-se como um Direito autónomo que se funda nos contratos comerciais transnacionais e nas diferenças existentes entre os operadores do mercado global interligados num sistema funcional.

A abertura do jurídico à sua fonte, a sociedade, objeto de constantes transformações constitui um fator necessário ao rompimento da rigidez de um positivismo austero que não reconhece dignidade jurídica a manifestações de tamanha importância social, económica e jurídica, características da nova ordem global, a nova lex mercatória, entre outras estruturas.

Segundo *Laporta*, o conteúdo da Nova *Lex Mercatória* constituir-se-ia, apenas, por caracteres formais hipostáticos – forma e interpretação do contrato.<sup>562</sup>

---

<sup>559</sup> *In Ibidem*. p. 85. “Todavia, podem também os tribunais estaduais apreciar esta questão, o que geralmente farão em momento posterior, aquando do reconhecimento e execução de uma sentença arbitral estrangeira ou logo que sejam solicitados a intervir em consequência da interposição de recurso, directamente contra a sentença arbitral – dentro dos casos em que isso é possível – ou contra a decisão judicial que confirmou o reconhecimento ou a execução da sentença arbitral (*exequatur*).” *In ibidem*

<sup>560</sup> A cláusula compromissória «*un contrat dans un contrat*», *In Ibidem* p. 103.

<sup>561</sup> O vício de que poderá padecer o contrato principal não afeta a cláusula arbitral no qual se encontra inserida. BOISSESON, - **Le droit français de l'arbitrage interne et international**, G.L.N., Lille, 1990, pp. 679 e ss.

<sup>562</sup> Um exemplo desse conteúdo formal, os INCOTERMS.

Todos os operadores de mercado transnacional partilham de um interesse comum – a existência e a eficácia dos modelos contratuais formais – visto fluidificar as relações mercantis, o que potenciará a redução de custos de transação.<sup>563</sup>

Segundo esta premissa a nova *lex mercatória*, pela sua natureza convencional e costumeira, constituiria um instrumento coordenador social de vontades convergentes – coincidência que suplanta o conflito. As decisões arbitrais seriam declarações do direito comumente aceite por todos. Nesta linha de raciocínio, no âmbito dos conflitos de interesses, segundo o autor, a Nova *Lex Mercatória* já não poderá servir para coordenar as condutas, para promover a justiça.<sup>564</sup> As regras constituiriam polos estabilizadores das motivações coordenadas.

Consideramos que esta visão redutora da Nova *Lex Mercatória* – modelos jurídicos do tráfico comercial transnacional – não abrange, na íntegra, a amplitude conteudística daquele Direito vivo. Não admitiria um conflito por alteração das circunstâncias que serviram de base ao negócio; estaria em desarmonia com alguns instrumentos regulativos que apelam a uma sobreposição da substância à forma;<sup>565</sup> a plasticidade da forma albergaria a artificialidade dos motivos reais do negócio; afastaria operações negociais que não fossem as *standard*.

---

<sup>563</sup>LAPORTA, F. J. - **El imperio de la ley una visión actual**. Madrid: Trotta, 2007, pp. 256-257.

<sup>564</sup>*In ibidem*, p. 258

<sup>565</sup> Ver Normas de Informação Financeira (NIF) A-1, criadas pela International Accounting Standards Board (IASB) [adotadas pela UE].

## 7- Tomada de Posição na querela.

Conforme referimos, inicialmente, no ponto anterior, as construções jurídico filosóficas dos autores escolhidos constituiriam um ponto de partida para nesta sede assumirmos uma posição sobre a autonomia enquanto ordem jurídica da Nova *Lex Mercatória*.

Assumimos o entendimento de que o Direito é uma realidade de natureza sociológica, nasce dos homens,<sup>566</sup> enquanto agentes plurais, das suas comunicações, para a sua consciência enquanto comunidade, constituindo-se um *super olho social*, mais astuto, mais consolidado. Das atitudes aos comportamentos sociais, o Direito age sobre a expressão da atitude, sem deixar de influir na *psique social*, *validante* da consciência comunitária, enquanto estrutura jurídicossocial fundamental e *fundamentante* do Direito enquanto *ficto condition* da organização societária, pela via da integração – positiva ou negativa - do Homem social na vida em comunidade.

Consideramos que o principal fator *regerador* da validade do Direito é a sua permeabilidade ao desenvolvimento do social, um Direito fechado encerra a sua própria existência. Razão pela qual admitimos que o verdadeiro Direito está na consciência de Direito das diversas comunidades cujas forças de influência elevam a esquemas psicossociológicos integrados naquela.

O Direito como intimamente ligado ao Homem verte a sua aura como um fluxo objetivo - preventivo e sucessivo – dirigido à sua existência e à coordenação funcional harmoniosa do todo onde se insere. Promovendo a solidariedade dos interesses e a solução dos conflitos de interesses.<sup>567</sup> Razão pela qual consideramos o Direito uma realidade que tem por base, para além dos caracteres a que se reconduz habitualmente – *justiça e segurança*-, a tolerância, a fraternidade e a equidade em sentido amplo, que traduz, no nosso entender, a maleabilidade da justiça, enquanto impulso imediato do espírito, no misericordioso.<sup>568</sup> Aliás, os juízos de equidade (*ex aequo et bono*), que parte

---

<sup>566</sup> Da sua natureza Divina.

<sup>567</sup> No mesmo sentido, CASTRO MENDES, J. – **Introdução**, p. 9.

<sup>568</sup> “Não sem razão Cristo reprovava nos seus ouvintes, fiéis à doutrina do Antigo Testamento, a disposição manifestada nestas palavras: «Olho por olho, dente por dente». Era esta a forma de alterar a justiça naquele tempo; e as formas de hoje continuam a pautar-se pelo mesmo modelo. É óbvio efectivamente, que, em nome de uma pretensa justiça (por exemplo histórica ou de classe), muitas vezes se aniquila o próximo se mata, se priva da liberdade e se despoja dos mais elementares direitos humanos. A experiência do passado e do nosso tempo demonstra que a justiça, por si só, não basta e que pode até levar à negação e ao aniquilamento de si própria, se não se permitir *àquela força mais profunda, que é o amor* plasmar a vida humana nas suas várias dimensões. Foi precisamente a experiência da realidade histórica que levou à formulação do axioma: *summum ius, summa iniuria*. Tal afirmação não tira o valor

de juízos de consciência, com base num especial sentimento de justiça, manifestam um certo distanciamento relativamente a soluções normativas estabelecidas no sistema, revelando a apositividade integrativa enquanto um instrumento lapidar fundamental para a ocupação de espaços dogmáticos ou jus dogmáticos em branco.

Cada agente individual constitui um pilar essencial na rede de comunicações, cujo *auge* é a inter-relação global comunitária, que implica, pelo menos, o respeito pleno do seu conteúdo.

A assimilação do Direito, a prevenção da sua transgressão e revalidação social e individual dos elementos dos esquemas normativos – símbolos, representações, ideias, princípios (...) - constitui um elemento estrutural do Direito enquanto Ordem jurídica. Neste sentido, é atribuído um papel fundamental àqueles *Ius*, para além de, demonstrar a sua existência, garantir a sua eficácia na realidade ontológica onde opera.<sup>569</sup> Os mecanismos utilizados – que não os de natureza meramente coativa -para esse fim, integram-se na ideia de Direito conferindo-lhe validade.

No Direito Canónico a eficácia do seu sistema de esquemas normativos é garantida pelo receio da excomunhão e pela excomunhão efetiva; no Direito Internacional Público, pelo temor e através da operacionalização da justiça privada, numa forma mais civilizadas, das sanções pecuniárias e diplomáticas aos países incumpridores; no Direito Estadual, pelo efeito dissuasor e reparador atingido pelo *modus operandi* dos diversos órgãos integrados no Estado que manifestem poderes daquela natureza. Todavia, neste último caso, os meios alternativos ao Estado enquanto *mãe da nação*, são prática admitida, cuja finalidade última é integrar o espaço de ação onde os tentáculos da *matriarca* não poderão operar, salvaguardando, desta forma, a eficácia do Direito. Esses meios constituem afloramentos da denominada *vindicta privada*, entre nós, eles são: a ação direta (art. 336.º do Código Civil); a legítima defesa (art. 337.º do Código Civil) e o estado de necessidade (art. 339.º do Código Civil). Outros exemplos são as normas de Direito das comunidades primitivas, que não tinham um poder central nem autoridades

---

à justiça, nem atenua o significado da ordem instaurada sobre ela, indica apenas, sob outro aspecto, a necessidade de **recorrer às forças mais profundas do espírito, que condicionam a própria ordem da justiça.**” Negritonosso. Papa João II na Encíclica Dives in misericórdia. Disponível em: [http://www.vatican.va/holy\\_father/john\\_paul\\_ii/encyclicals/documents/hf\\_jp-ii\\_enc\\_30111980\\_dives-in-misericordia\\_po.html](http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_30111980_dives-in-misericordia_po.html). Consultada em: 22-03-2012.

<sup>569</sup>Não implicando, necessariamente, a susceptibilidade de protecção coativa, garantida pelos tribunais, no sentido de compelir o infrator a direccionar o seu comportamento num determinado sentido, diverso do da violação.

judiciárias permanentes, recorrendo, mormente, à *vindicta privata*, como mecanismo de validação daquelas normas. Culminamos com o Direito consuetudinário, outras instituições culturais, profissionais e desportivas (...). Direito com normas próprias, conteúdos próprios, técnicas de validação diversas, mas eficientes, pois, a sua existência perdura e demonstra evoluções positivas.

Convém sublinhar que em qualquer uma das situações supra descritas a eficácia é garantida pelos membros da comunidade social, enquanto reflexo da original necessidade de garantir a vigência das normas, a existência do Homem, a sua harmonia e felicidade.

Entendemos que o sistema de esquemas normativos de cada comunidade exprime as particularidades do grupo social, o que implica que se valorem, por forma diferente, situações, comportamentos, estados, bens (...). A qualificação própria dos *bens jurídicos* fundamentais da comunidade traduz o fator identitário distintivo. Sendo certo que, pela *mundialização* da vida e dos comportamentos, têm-se esbatido, profundamente, essa identidade. No entanto, a democratização da realidade social garante, ainda, a autodeterminação das diversas populações no resguardar dos seus caracteres realmente únicos, em muitos casos, fatores geradores de economia e, conseqüente, desenvolvimento social.

As diversas sociedades, por diversos fatores – de integração, motivacionais, (...) – aglomeram-se em blocos – grupos de pertença – constituindo, na maioria das vezes, grupos de influência, cujas premissas fundamentais pretenderão elevar à consciência social da sua obrigatoriedade.<sup>570</sup> Todavia, essas células – maiores ou menores; mais ou menos organizadas – terão de passar pelo crivo do Direito enquanto instrumento ao serviço do equilíbrio social, da paz social.

O Direito não é, nem deveria ter a intenção de ser, um sistema total e ilimitado na completude normativa. Antes estabelecer um *muro razoável* às comunicações dos seus pilares essenciais. Partir de premissas de princípio, mais do que critérios pragmáticos, que não deverão ser afastados, fundando um ordenamento jurídico único na sua essência, no seu espírito. Essa fundação permitirá criar as figuras, os caminhos para o bem-estar e paz sociais. Essa finalidade, ou fim último manifesta obediência à causa fundamental da existência do Direito, - na qual se funda, em torno da qual ele se desenvolve - o Homem

---

<sup>570</sup> Constituindo polos diferenciados que traduzem o pluralismo valorativo e jurídico.

enquanto ser total na sua comunidade, mais concretamente, a Dignidade da Pessoa Humana. O ser humano carece de projetar a sua personalidade na vida, nos seus atos diários, nas suas relações, no entanto, essa concretização apresenta limites, um círculo concêntrico no coração do Direito, vago mas sensivelmente apreensível. Este conteúdo positivo e negativo tem como premissa fundamental a Dignidade da Pessoa humana, a intransponível, o rumo *validante*. O *húmus* do divino no Homem.

Esse cariz original não obsta à existência de *inputs e outputs* de influência canalizados através de pontes de contacto com outras realidades jurídicas. Consideramos uma mais-valia a troca desses fluidos, que, demonstra a verdade sobre os limites ao seu carácter, verdadeiramente, estanque.

Consideramos premente, romper com a conceção rudimentar, rígida e absoluta do positivismo nas suas diversas manifestações. O Direito está muito para além do Estado, está muito para além da sua estrutura institucional. Consideramos que o Direito dos Estados é tanto mais reflexo de outras formas de Direito, enquanto estruturas base do sistema, que as fontes – eminentemente legais - que o caracterizam. Além disso, o Direito é tanto mais transsistemático que legalmente *posto*, para essa ideia basta-nos a diferença entre Direito e Lei em sentido estrito. O Direito extravasa as fronteiras do dogma, sem deixar os axiomas que o caracterizam enquanto tal. O Direito, metaforicamente falando, é como que a corrente da nascente pura de um rio, mutável à passagem das eras, mas sempre límpida, constante e fluida. Consideramos a lei uma aproximação à inteligibilidade do Direito nas dimensões mais desenvolvidas daquela.

Em suma, o Direito enquanto ordem normativa corresponde ao conjunto de esquemas normativos da consciência, que direcionam as comunicações dos elementos de cada comunidade, dotados de eficácia no sistema.

No nosso entendimento, elevando a Nova *Lex Mercatória* à discussão que ora nos ocupamos, ela institui a lei fundamental da nova ordem mundial das relações comerciais transnacionais, o verdadeiro Direito apositivo da contratação internacional. No entanto, relembre-se que ela não esgota o seu âmbito de aplicação nessas relações, seja por via objetiva ou subjetiva, abrangendo, também, as relações de natureza puramente contratual.

Ela constitui uma visão teândrica do Homem no e com cosmos.<sup>571</sup> Esse cosmos constituído pelo espaço transnacional ou multidimensional – compreendendo todo o globo - onde o Homem se move à sua sorte, comandado por imperativos da sua comunidade e do seu grupo de pertença.

Conforme já adiantamos a comunidade que circula nesse espaço é constituída por pessoas jurídicas, onde se incluem as empresas transnacionais, as *law firms*, que a par das estruturas a que denominamos de polos institucionais ou centros de poder fazem renascer a cada dia aquele Direito, que se pretende vivo, atendo ao pulso dos fluxos económicos, aos interesses e necessidades das operações mercantis.

A Nova *Lex Mercatória*, constitui um Direito, eminentemente, espontâneo – surgido face à inaptidão dos Direitos Nacionais e Internacional perante os problemas suscitados pelas trocas transnacionais - que se reinventa, reformula, ressurgindo da e para a sua comunidade, a *business mercatorum* ou *societas mercatorum*.<sup>572</sup>

É um Direito de natureza universal – atente-se para além do valores partilhados aos princípios gerais que lhe servem de base – constituído por diversas células, os sectores de atividade profissional, dispondo de instrumentos necessários a garantir a eficiência das operações mercantis.

É um Direito, altamente, permeável às mutações, sociais, políticas, económicas e financeiras mundiais, todavia, dinâmico e eficiente nas soluções jurídicas. Não se compadecendo com a rigidez dos conceitos e das estruturas preestabelecidas, assumindo-se como o Direito vivo da contratação internacional.

Este Direito apresenta como premissas fundamentais: a adequação funcional da regulação para operacionalizar as diversas transações comerciais; a equidade – em sentido amplo – e o equilíbrio de interesses na disciplina regulativa, enquanto critério orientativo, destinada, principalmente em sede arbitral, a tornar previsíveis as direções contudísticas do laudos arbitrais, promovendo a segurança jurídica e a justiça do caso concreto.

---

<sup>571</sup> Tendo por base o pensamento do autor Raimon Panikkar. PANIKKAR, Raimon, - **Intuição cosmoteândrica: A Religião do Terceiro Milénio**, Trad. Maria Filomena Couto Soares, 2003, in passim, especialmente pp. 227 e ss.

Entendemos este Direito como uma realidade de cariz objetivo autónomo, com os seguintes elementos: normativos - constituída por usos e costumes do comércio internacional, os modelos jurídicos, os princípios gerais de Direito, em especial em matéria de contratos, o Direito harmonizado, unificado e uniforme,- para-normativos – a *soft law* - em certa medida, a jurisprudência, e finalmente o tipos sociais e os contratos Auto normativos: não negando, todavia, o carácter quási-autónomo ou para autónomo a estes contratos – podendo equipara-los, em certa medida, aos contratos autorreferenciados<sup>573</sup> - mas, sempre, no limiar da autonomia da vontade, reconduzidos, sempre, a um plano de liberdade dentro da aceitação uni ou pluricêntrica, indireta ou direta, da ordem jurídica autónoma, a Nova *Lex Mercatória*.<sup>574</sup>

Um Direito amplamente diverso, espetacularmente difuso, mas verdadeiramente eficiente. Entendemos que o facto de se tratar de uma realidade muito abrangente – própria, também, da sua natureza setorial - constitui mais um ponto de sustentação do seu valor enquanto corpo normativo que dispõe de mutiplos instrumentos, nos quais critérios, em total consonância com os interesses e necessidades o comércio transnacional.

Neste sentido, promove a optimização das operações mercantis, com uma tradução económica e financeira, imediatas, reduzindo o custo das transações e retraindo o impacto dos riscos dos grandes investimentos. Por outro lado, favorece a continuidade das relações comerciais transnacionais pelo facto de institucionalizar os pressupostos da segurança e previsibilidade jurídicas que os operadores do comércio transnacional reclamam.

No que tange com a eficácia dos esquemas do complexo normativo<sup>575</sup> na consciência da comunidade mercantil, consideramos, ser, a mesma, concretizada por diversas formas, em diversos momentos da relação mercantil: o controlo à entrada; controlo preventivo do incumprimento; controlo preventivo do não acatamento da sentença arbitral; execução da sentença arbitral.

---

<sup>573</sup>Reconduzindo-os à vontade no espaço de liberdade não proibido.

<sup>574</sup>*Ex maxime* o preenchimento de requisitos mínimos ou sempre que abranjam aspetos de regulação vazia, mas desde que não ultrapassem a os limites impostos pela ordem pública transnacional.

<sup>575</sup> Nesta sede remeto para o Cap. IV.

### O Controlo à Entrada:

A comunidade mercantil nos diversos sectores de atividade exigem, por questões de segurança jurídica, para além dos requisitos para o acesso à atividade, instrumentos negociais válidos e eficazes, de acordo com as práticas já conhecidas do espólio cultural daquela comunidade de operadores. Esses instrumentos elencam aspetos essenciais ao negócio que constituem elementos fundamentais para a sua existência, mas para além desses elementos, outros constituem uma salvaguarda aos operadores do comércio, tendo em consideração a sua dinâmica e as consequentes mutações que poderá sofrer, mas, também, tendo em conta fatores externos à relação que poderão constituir o mote ideal ao desequilíbrio dos interesses em jogo. Neste âmbito surgem as cláusulas de *hardship* – cláusulas de revisão – sob o princípio de exceção *rebus sic stantibus* - e força maior – em casos fortuitos inevitáveis e irremediáveis.

Desta feita, decorre da dinâmica dos diversos setores do comércio o necessário respeito pelas suas exigências, caso se pretenda participar das suas atividades. Destas decorrem as premissas essenciais da ordem jurídica mercantil.

### Controlo preventivo do incumprimento:

Como densificação prática da *pacta sunt servanda*, os mercadores operam a sua atividade num núcleo mais ou menos fechado, e bastaria o incumprimento de um contrato para criar um efeito destabilizador na esfera do agente infrator, as expectativas, mais concretamente, a confiança dos outros operadores naquele, em particular, desenvolver-se-ia por forma negativa o que iriam constituir um fator de afastamento gradual. No mercado todos os elementos que caracterizem o comerciante são fatores geradores de competitividade ou de exclusão. Este efeito apenas poderia ser diluído através da sua reintegração no grupo pela revalidação daquele princípio essencial. Outro caso prende-se com o cumprimento de transações financeiras - realizadas para início de atividade mercantil ou para promover liquidez na sua atividade -, o incumprimento das obrigações do mutuário, poderá implicar a ausência de liquidez para continuação da sua atividade.<sup>576</sup>

---

<sup>576</sup> “Em determinadas associações comerciais è ainda prática usual, exigirem aos seus associados, aquando da celebração de um contrato, a inserção de uma cláusula de arbitragem. No âmbito da

Controlo preventivo do não acatamento da sentença arbitral:

A mera publicação do nome da parte faltosa nos centros de arbitragem e/ ou nas sedes das respetivas organizações profissionais, prevista em regulamentos arbitrais, implica um certo temor reverencial ou mesmo um sério receio de incumprir o determinado no conteúdo do laudos arbitrais.<sup>577</sup> Criando o estigma sobre aquele operador, manchando a sua reputação, gerando a curto prazo um preconceito relativamente à sua atividade enquanto parceiro económico. O sistema através dos agentes do respetivo setor de atividade promoverá pelo afastamento até à efetiva exclusão do comerciante infrator da célula social a que pertence. Podendo também ocorrer um boicote (origem – o capitão *Charles Boycott* pelas exigências mercantis desproporcionadas, fora objeto de represálias dos seus parceiros económicos) à atividade tendo como consequência a sua posterior segregação.<sup>578</sup> O Tribunal também poderá diligenciar pela constituição de garantias - reais ou pessoais – suscetíveis de serem executadas – perante o não acatamento voluntário do laudo arbitral - pelo tribunal estadual.<sup>579</sup> A constituição destas garantias constitui mais um processo de natureza pro-coativa, impelindo ao cumprimento voluntário, redirecionando a conduta do agente infrator. Consideramos reflexo da eficácia desta controlo a elevada taxa de execução voluntária das decisões arbitrais.<sup>580</sup>

Execução da sentença arbitral:

---

**chamada *societas mercatorum*, os árbitros deverão aplicar, preferencialmente, as regras autónomas desta sociedade.**” MIMOSO, Maria João, - **A justiça arbitral na composição dos litígios do comércio internacional**, p. 139 (Negrito nosso) A autora, destaca jurisprudência que confirma a existencia de usos próprios do comércio internacional. In Inidem, nota n.º 127.

<sup>577</sup>Ver Caso da Grain and Feed Trade Association, mencionado por MARRELLA, Fabrizio, - **La nuova lex mercatoria**, in **Trattato di diritto commercial e di diritto pubblico dell'economia**, org. Por Francesco Galgano, vol. XXX, Pádua, pp.103 e ss.

<sup>578</sup> Suspensão, exclusão da organização a que pertence o incumpridor ou, mesmo, a recusa, por parte dos outros operadores mercantis, de contratar. Ver, FOUCHARD, Ph. – **L'arbitrage comercial**, 1965, pp. 471 e ss.; FERRER CORREIA, A. – **Da arbitragem comercial internacional**, p.175. Sobre a importância das sanções sociais no seio do comércio transnacional. REINHOLD, Wolff, - **Die Rechtsgrundlagen der internationalen Kartelle**. Berlim,1929; KAHN, Ph. – La vente, pp. 41 e ss.; GOLDMAN, B. – Frontières, pp. 191 e ss., FOUCHARD, Ph. - **L'arbitrage**, pp. 466 e ss.; KRONSTEIN, Heinrich, - **The Law of International Cartels**, pp.168 e ss.; VRIES, Henry de, - **Le caractère normatif des pratiques commerciales internationales**, pp. 120 e ss. CHARNY, David, - **Nonlegal Sanctions in Commercial Relationship**, pp. 391 e ss. e 407 e ss. Este último autor, sobre as sanções - não juridicamente organizadas – no âmbito das relações comerciais e a respetiva eficácia.

<sup>579</sup> FOUCHARD, Ph. – **L'arbitrage**, pp. 468 e ss.

<sup>580</sup> Segundo o Secretário do Tribunal de Arbitragem da CCI- relativamente às arbitragens CCI -, estima-se que 90% das decisões arbitrais são executadas voluntariamente. CRAIG/PARK/PAULSSON, - **Annotated Guide to the 1998 ICC Arbitration Rules**, Oceana Publications, 1998, p. 343, 404. Para o efeito, também, contribuiu, **o controlo prévio do laudo arbitral**, que por sua vez eleva a reputação do procedimento arbitral da CCI.

De acordo com princípio da colaboração/ assistência institucional, os tribunais da judicatura Estadual, promoverão por executar o laudo arbitral, acrescentando o elemento executoriedade à sentença arbitral que não for acatada pelo infrator. Todavia, consideramos os filtros supracitados remédios habilitados a atingir o cumprimento voluntário das obrigações. Visto o seu incumprimento gerar uma consequência com resultados absolutos para a atividade do operador.

Faremos, agora, uma breve alusão aos comandos jurídicos da nova *lex mercatória*, relativamente aos quais parece-nos claro que o seu carácter jurígeno emerge do funcionamento do sistema normativo da sociedade mercantil. No entanto, admitimos que os elementos como a Imperatividade – existência de uma estatuição - *hipoteticidade* – os comandos operam pelo preenchimento das hipóteses -, a generalidade – aplicável a uma categoria abstrata de pessoas -, abstração – aplicável a um número indeterminado de casos – previsibilidade – dos efeitos -, violabilidade – suscetível de violação -, bilateralidade – dos efeitos para ambas as partes- estão presentes na essência dos normativos constitutivos daquela realidade, com as necessárias construções adaptativas. Exemplificando: para um operador mercantil exercer determinada atividade carece de, pelo menos, realizar atos objetivos de comércio, de acordo com determinados modelos negociais e seguindo a prática -os usos e costumes – comumente aceite num determinado setor mercantil. Finalmente, relativamente à sanção, como sabemos não é um elemento estrutural da norma, a título de exemplo, o art. 483.º (isolado) no sistema, assim, aquele que causou prejuízos - violando regra ou princípio que os proíbe, implícita ou explicitamente, - será responsável, o que implica que deverá proceder ao seu pagamento. Não exige a, necessária, intervenção dos órgãos Estaduais. Consideramos, todavia, que o sistema de esquemas normativos, conforme já demonstramos, é capaz de manifestar por si só a obrigatoriedade do cumprimento das exigências dos comandos normativos.

O Direito positivo da contratação internacional revela no seu *ADN* uma coatividade *suis generis*, própria do funcionamento do seu sistema, poderosa na sua abordagem, todavia, circunscrita à ideia de Direito (ainda que de duvidosa aceitação a *exceptio veritatis*), integrada, em última linha com a executoriedade da sentença arbitral.

Finalmente, e depois do exposto, estamos preparados para dar noção de Nova *Lex Mercatória*:

A *New Law Merchant* corresponde ao Direito apositivo<sup>581</sup> da contratação comercial transnacional<sup>582</sup>, um Direito universal-setorial, eminentemente, espontâneo, criado segundo processos jurígenos específicos, constituído por um conjunto de esquemas normativos – autónomos e quási-autónomos - e paranormativos<sup>583</sup> dotados de eficácia na e para a *business community*.

Um Direito que vive e revive a par do Direito do Estados e de outras manifestações de Direito que existem em constante interceção.

O Direito Global do comércio transnacional constitui, na verdade, mais uma das formas – a mais lapidar e peculiar – de edificar o perfeito canal para a harmonização e estabilização de todas os esquemas comunicacionais dirigidos à contratação transnacional.

---

<sup>581</sup> Um Direito Novo, um Direito Vivo.

<sup>582</sup> Com as devidas ressalvas ao seu âmbito de aplicação- bem mais amplo - , visto estarmos no domínio da contratação internacional.

<sup>583</sup> Cf. Cap. IV. Das Fontes.

## Conclusões finais

Concluída esta etapa dos nossos estudos, urge revelar se os objetivos inculcados na introdução foram, efetivamente, atingidos, se o desiderato da nossa investigação cumpriu as metas projetadas.

Neste sentido, por forma sumária, elencaremos as principais conclusões a que chegamos no *correr da pena*, ao longo dos cinco capítulos temáticos da nossa obra:

- O Direito comercial transnacional, como entendemos por bem designá-lo, corresponde à disciplina jurídica de cariz económico, constituída por critérios normativos de direito privado disciplinador das relações comerciais internacionais. Evitando ambiguidades etimológicas a que a expressão internacional poderá, eventualmente, potenciar.
- Denotamos que a expressão transnacional também nos poderá reconduzir, em alguns casos, a um total ou quase total desprendimento da relação jurídica comercial – relação *metadimensionada* - com os espaços geopolíticos dos Estados onde se desenvolve.
- Os contratos comerciais internacionais constituem o objeto fundamental da nossa investigação e deverão obedecer aos seguintes requisitos: da comercialidade relevante e da internacionalidade relevante.
- Para aferir da comercialidade e internacionalidade devemos ter por base um critério formal ou jurídico – a conexão relevante com pelo menos dois Estados – articulado com um critério substancial ou económico – apurando a conexão existente entre a relação jurídica comercial e vida económica dos Estados em contacto com a relação jurídica.
- Esta fórmula não é alheia ao substrato elementar daquela relação, e apresenta-se suficientemente flexível, capaz de abranger um amplo número de contratos comerciais internacionais, promovendo a segurança jurídica dos operadores do comércio internacional, salvaguardando as suas expectativas, interesses e necessidades.
- A sua aplicação revestirá uma natureza casuística, procurando evitar as obscuridades e limitações que uma noção, normalmente, encerra. Porque, e com

as devidas adaptações, “[o]mnis definitio in iure civili periculosa, est.” [IAVOLENUS,Digesto, 50,17,202:].

- Existem, todavia, restrições ao âmbito de aplicação do Direito comercial Internacional, que operam, tendo em consideração o campo de ação conferido pela autonomia da vontade nesta sede. Que vislumbra os seus limites sobejamente alargados num novo espaço de acção, o *transnacional*.
- Aquela autonomia não poderá estar adstrita, *ab inicio*, a valorações de ordem nacional, *ex maxime* a proteção da parte mais débil.
- A evolução dos tempos trouxe consigo o crescente desenvolvimento dos mercados, o surgimento de novos operadores e, conseqüentemente, um novo *modus operandi* contratual.
- O crescimento das operações mercantis em número, qualidade e grau de investimento, - não se limitando à compra e venda internacional de mercadorias - o que pressupõe, necessariamente, segurança jurídica – basta ter em consideração o risco associado, o impacto social, económico, financeiro, político e, muitas vezes, cultural - que, ao contrário do que alguns autores defendem, não colhe *assento* firme nos códigos regimentadores dos diversos Estados.
- Estes não acompanharam a evolução dos tempos. O seu *modus* legiferante e estruturas normativas, já, não se coadunam com os interesses dos comércio internacional. Principalmente, aqueles que, ainda acolhem – por forma pura ou mista - a sistemas *exegéticos* ou mesmo *neoexegéticos*.
- Esse desajuste adquire o seu expoente máximo por efeito da globalização, nas suas mais variadas ramificações.
- Existem, no entanto, duas vias de regulamentação da contratação internacional, a via conflitual ou indireta (de fonte estadual ou internacional) e a via substantiva ou direta.
- Dentro das diversas formas de regulamentação por via direta destacamos a que , no nosso entendimento, é a mais adequada às exigências do comércio internacional. Não obstante, considerarmos frutuosa a articulação entre as técnicas da mesma via ou entre os normativos das duas vias.
- A Nova *Lex Mercatória* constitui o instrumento mais eficiente para a contratação internacional, seja enquanto corpo disciplinador por via Direta, como estrutura normativa a que se chegue pela Via indireta, ou como

ordenamento jurídico coadjuvante. A Nova *Lex Mercatória* constitui o marco ideal da nova ordem económica transnacional.

- Foi através da *Lex Mercatória* – nos seus diferentes estádios evolutivos – que os operadores de mercado viram *singrar* as respetivas atividades comerciais no seio do seu setor de mercado.
- Na antiguidade, passando pela Idade Média, pelo fim da Idade Moderna, pela Idade Contemporânea, a *Lex Mercatória* provou a adaptabilidade e flexibilidade funcionais – à realidade espacial e temporal - que tanto a caracteriza.
- A *Lex Mercatória* remonta à Antiguidade, revelando-se, como estrutura autossuficiente em meados do século X-XI. Emergindo como *ius mercatorum* – essencialmente pelas fragilidades do Direito do Imperio Romano desagregado e das insuficiências dos Direito feudais -, o Direito dos mercadores e o Direito das suas corporações, com uma natureza jurídica espontânea, tendo por base os usos e costumes do comércio local e internacional, regras de conduta (...), atingira a sua fase adulta no final da Idade Média.
- Com o surgimento do Estado soberano, aparecem as primeiras codificações que absorveram para os seus dispositivos os normativos do direito dos mercadores, passando a aplicar-se como Direito Estadual. A partir do século XVII e XVIII uma nova fase daquele Direito toma lugar.
- Vêm-se renascidas as suas formas e o seu conteúdo, exponencialmente mais vasto, mas também, mais coeso, mais sistemático.
- Os contornos desta realidade ganham uma dimensão verdadeiramente internacional ou transnacional por efeito da globalização e *mundialização* hodiernas.
- Para essa unicidade muito contribuíram os dois instrumentos de *soft law* mais marcantes no panorama do Direito comercial internacional. Os Princípios UNIDROIT e LANDO.
- Com uma natureza não vinculativa, recorrendo a um jogo de influência, servindo de modelos de regulação, mas também, modelos interpretativos e integrativos, servindo como fonte de inspiração para legisladores, julgadores e interpretes.
- A Nova *Lex Mercatória* ou *New Law Merchant* corresponde a um novo corpo normativo bastante amplo no que tange ao seu conteúdo, compreendendo: usos e costumes, modelos jurídicos contratuais, contratos auto-normativos, contratos

atípicos, jurisprudência, princípios gerais do direito e em especial os princípios gerais em matéria contratual, por último, direito harmonizado, unificado e uniforme da contratação internacional.

- Apresenta-se como uma realidade dinâmica, *multidimensional*, uma ordem jurídica *suis generis*. Opinião fervorosamente combatida e apaixonadamente acolhida por diversos setores de opinião.
- Os limites impostos a esta ordem serão os constitutivos da ordem pública transnacional, ou verdadeiramente internacional, e, mais pontualmente, a ordem pública internacional dos Estados.
- De entre os diversos entendimentos sobre a verdadeira natureza e funções da Nova *Lex Mercatória*, entendemos que somente aqueles que têm por base uma visão sociológica do Direito, poderão alcançar o seu desiderato.
- Nessa esteira, adotamos uma noção de Nova *Lex Mercatória*, enquanto *Direito apositivo da Contratação transnacional*.
- *Um Direito universal-setorial, eminentemente, espontâneo, criado segundo processos jurígenos específicos, constituído por um conjunto de esquemas normativos – autônomos e quási-autônomos - e paranormativos<sup>584</sup> dotados de eficácia na e para a business community.*
- Um direito eficiente – de acordo com o princípio do *primeiro ótimo* – indo ao encontro das exigências do comércio transnacional;
- Equitativo - promovendo a correção de potenciais desigualdades;
- Estabiliza as relações comerciais entre os operadores mercantis, cumprindo os pressupostos de segurança e previsibilidade que os operadores do comércio transnacional reclamam.

---

<sup>584</sup> Cf. Cap. IV. Das Fontes.

## Referências

### Bibliografia

- AIDAN, P. – **Droit des marchés financiers. Reflexión sur les sources.** La Revue Banque, 2001.
- ALPA, G. —**Il contratto d’engineering**, Giustizia civile: 1983.
- AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Coord.). - **Direito do comércio internacional: aspectos fundamentais.** São Paulo: Aduaneiras, 2004.
- AMARAL, D. Freitas do, - **Manual de Introdução ao Direito**, com a colaboração de Ravi Afonso Pereira, Coimbra, 2004, p. 322.
- ANDERSON, P. - **Passagens da Antiguidade ao feudalismo**, 3.º ed. São. Paulo: Brasiliense. Tradução de Beatriz Sidou. 1991. p. 187 e ss.
- ANTUNES VARELA, João de Matos, **Das Obrigações em Geral**, Vol. I, 10.ª Edição, Almedina, (5.ª Reimpressão da Edição de 2000)
- ANTUNES, J. Engrácia, A. – **Direito dos Contratos Comerciais**, Coimbra: Almedina, 2009;- **“Consuetudo Mercatorum” como Fonte do Direito Comercial**, *in*: 146 RDMIEF, 2007; – **Direito dos Contratos Comerciais**, Coimbra: Almedina, 2009, p. 58
- AUDIT, Bernard, - **La vente internationale de marchandises. Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980.** Paris, 1990
- AUGUST, Ray, - **International Business Law.** Text, Cases, and Readings, 4.ª edição, Upper Saddle River, New Jersey. 2004.
- BALDI, Roberto, - **Il contratto di agenzia. La concessione di vendita. Il franchising**, 7.ª edição, Milão, 2001.
- BAPTISTA MACHADO, J. - **Introdução ao direito e ao discurso legitimador**, Coimbra, Almedina, 1983; – **Lições de Direito Internacional Privado**, 3.ª Edição Atualizada (Reimpressão), Coimbra: Almedina, 2002.
- BAPTISTA, Luiz /DURAND-BARTHEZ, Pascal, - **Les associations d’entreprises (Joint Ventures) dans le commerce international**, 2.ª edição Paris., 1991.
- BAPTISTA, Luiz Olavo, - **Les Joint ventures dans les relations internationales**, Doutorado, Paris, 1981.
- BAR, CH. V. - **Internationales Privatrecht**, vol. I, München, 1987, p. 79.
- BARBIERI, P. C. - **Manual de títulos circulatórios**, Buenos Aires: Editorial Universidade, 1994
- BARCELLONA, P., - **Oltre lo stato sociale.** (Beyond the Social State). Bari, De Donate, 1981
- BARRIENTOS-PARRA, J. D. – **Princípios dos contratos internacionais**, Dissertação Mestrado, USP, São Paulo: 1989
- BATIFFOL, H. – **Aspects philosophiques du droit international privé**, Paris : Dalloz, 1956 ;- **De l’usage des principes en droit international prive.** *in* Estudos em homenagem ao Prof. Doutor A. Ferrer Correia, Vol. I, Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito, número especial, Universidade de Coimbra, 1986, pp. 109-110; - **L’avenir du droit international privé**, *in* Choix d’articles rassemblés par ses amis, Paris : LGDJ, 1976 ; -BATIFFOL, H.- **Problèmes de base de philosophie du droit**, Paris, LGDJ, 1979.
- BATIFFOL, H. /LAGARDE, P. - **Droit international privé**, t. I, 7.ª edição, Paris, LGDJ, 1981 ; tomo II, 7.ª edição, Paris, LGDJ, 1983. p. 275.
- BAXTER, I. – **International conflict of laws and international business.** *In*: International Comparative Law Quarterly, 1985.
- BEAWES, W. **Lex mercatória rediviva or the merchant’s directory: being a complete guide to all men in business.** 4.ª ed. S. l.: Gregg international, 1970.
- BENTO SOARES, Maria Ângela/ MOURA RAMOS, Rui Manuel, - **Contratos internacionais, compra e venda, cláusulas penais, arbitragem**, Coimbra: Almedina, 1986.
- BERGER, K. P. – **International Arbitration Practice and UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts.** A.J.C.L., 1998, pp. 129 e ss; – **The creeping codification of the lex mercatória.** The Hague: London: Boston: Kluwer law international, 1999, 1 e 2; – **The Relationship between the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the New Lex Mercatoria**, Uniform Law Review, 2000-1, pp. 153-170; - **The Lex Mercatória Doctrine and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts.** *In*: Law and Policy in International Business. 1997, pp. 943-990. Disponível em: <http://www.questia.com/PM.qst?a=o&d=5001524029>. Consultado em: 14-03-2012

- BERMAN, H. J.; KAUFMAN, C. – **The law international commercial transactions**, p. 221-224. In: Harvard International Law Journal, 1978.
- BERMAN, H. Y./ Dasser, F., - **The “New” Law Merchant and the “Old”**: Souces, Content, and Legitimacy, *in Lex Mercatória and Arbitration: a Discussion of the New Law Merchant* (cit.), 53-69, 2.ª edição, 1997
- BIANCA, C./BONELL, M. (org.) – **Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention**, Milão, 1987.
- BOBBIO, N. – **Teoria da Norma Jurídica**, Tradução Fernando Pavan Baptista e Ariani, Bueno Sudatti. 3.ª Edição. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.
- BOISSESON, - **Le droit français de l’arbitrage interne et international**, G.L.N., Lille, 1990
- BONELL, M. J. – **The New Edition of the Principles of International Commercial Contracts adopted by the International Institute for the Unification of Private Law**, Uniform Law R. 9: 5-40. 2004;- **Le regole oggettive del commercio internazionale**, Milão: A. Giuffrè, 1976;- **The UNIDROIT Initiative for the Progressive Codification of International Trade Law**. 27 The International and Comparative Law Quarterly, 1978.
- BORTOLOTTI, Fabio, - **Manuale di Diritto commercial internazionale**, Vol. I – Diritto dei contratti internazionali, 2.ª edição, Milão, 2001.
- BOYD, C. E. – **Public Libraries an Literacy cultura in ancient Rome**. Chicago: Illinois: the University of Chicago Press, 1959.
- BROWNLIE, Ian, - **Princípios de Direito Internacional Público**, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, pp. 30-31
- CABRAL MONCADA, Luís S., - **Direito económico**, 3.ª Ed. Revista e Actualizada, Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- CAENEGEN, R. C. Von. – **Uma introdução histórica ao direito privado**. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, Tradução de Carlos Eduardo Lima Machado; Revisão de Eduardo Brandão. 1999, p. 28.
- CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., - **Curso de Contratación Internacional**. Madrid: Editorial Colex, 2003. p. 55/56.
- CALVO CARAVACA, A.L. – CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. E OUTROS, - **Derecho internacional privado**, Vol.II, Granada: Comares, 2000.
- CALVO CARAVACA, Alfonso-Luís, /FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luís (org.), - **Contratos Internacionales**, Madrid, 1997.
- CALVO CARAVACA, L. A./ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. – **Los contratos internacionales y el mito de la ‘nueva lex mercatoria’**. *In* Estudios sobre Contratación Internacional. Colex, Madrid, 2006.
- CANARIS, Claus – Wilhelm – **Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito**. Introdução e tradução portuguesa por António Menezes Cordeiro, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989;- **Handelsrecht: Ein Studienbuch**, 23.ª Edição, Munique, 2000 ; - **Stellung der UNIDROIT Principles, und der Principles of European Contract Lw, im System der Rechtsquellen**, in Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht, org. por Jurgen Basedow, 5-31, Tubinga., 2000.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes, MOREIRA, Vital, - **Constituição da República Portuguesa – Anotada - Volume 1 (Art. 1º a 107º)**, 4ª Edição, Coimbra Editora, 2007, pp. 384-385.
- CAPELLA, J. R. – **Fruta prohibida: Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado**. Madrid: Trotta, 1997.
- CARBONE, Sergio/ D’ANGELO, Andrea, - **Cooperazione tra imprese e appalto internazionali (Joint-ventures e Consortium Agreements)**, Milão, 1991.
- CARBONNEAU, T. E. (ed.)– **Lex Mercatoria and arbitration**. Revised edition. S.I: Juris publishing, Kluwer law international, 1998.
- CARLOS SANTOS, A./ EDUARDA GONÇALVES, M. / MANUEL LEITÃO MARQUES, M.- **Direito Económico**, Coimbra, Almedina, 1993.
- CARREAU, Dominique /JUILLARD, Patrick, - **Droit international économique**. 1.ª edição, Paris, 2003.
- CARREAU, Dominique. **Droit International**, 3.ª ed. Paris: A. Pedone, 1990.
- CARRILLO SALCEDO, J.A.- **Derecho Internacional Privado – Introducción a sus problemas fundamentales**, Madrid: Tecnos, 1985 (reimp. Da 3.ª edição de 1983)
- CASTELLANOS RUIZ, E. – **Autonomia conflictual y contratos internacionales: Algunas**

- reflexiones**, Cuestiones actuales de Derecho Mercantil Internacional. Calvo Caravaca, A.L. y Areal Ludeña (Dir.). Madrid: Colex, 2005..
- CASTELLS, M. – **A Sociedade em Rede – A era da informação: economia, sociedade e cultura**. S. Paulo: Editora Paz e Terra, 1999.
  - CASTRO MENDES, J. – **Introdução ao Estudo do Direito**, 3.<sup>a</sup> Edição, Lisboa, 2010.
  - CAVALLIO BORGIA R. - **Il Contratto di Engineering**, :Padova, Cedam, 1992.
  - CAVERS, D. F. – **The choice-of-law process**, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 1966 (2.<sup>a</sup> impressão). p. 9;
  - CCI - Uniform Customs and Practice for Documentary Credits/ /2007 Revision. 2007, pp. 66
  - CHARNY, David, - **Nonlegal Sancions in Commercial Relationship**, Harvard L. R. 104:373-467. 1990
  - CHARTIER, R. – **Lectures et lecteurs dans la France d’ancien regime**. Paris : Editions du Seuil, 1982.
  - CONDE AMO, I. ; CONDE LÓPEZ, A. – **Mercados Financieros**, Vol. II, Madrid, Colex, 2003.
  - CRAIG, Laurence/PARK, William/PAULSSON, Jan (orgs.) – **International Commercial Arbitration. International Chamber of Commerce Arbitration**, Nova Iorque, Londres e Roma, 1978/1995; **International Chamber of Commerce Arbitration**, 3.<sup>a</sup> edição, Dobbs Ferry, N.Y. 2000. - **Annotated Guide to the 1998 ICC Arbitration Rules**, Oceana Publications, 1998
  - CREMADES, B. - **The new lex mercatória and the harmonization of the laws of international commercial transactions**. *In*: Boston University International Law, 1984.
  - CURRIE, B.- **Selected Essays on the conflict of laws**, Durham: N. C., Duke University Press, 1963, p. 6: “ (...) there can be no defense for a system of conflict of laws that ignores the content of the foreign law that is designated as controlling”;
  - DABIN, Jean, - **Théorie Générale du Droit**. Paris: Dalloz, 1969, pp. 26-27
  - DAEMON, D.- **Empresas de comércio internacional: organização e operacionalidade**. Blumenau: Da Furb, 1993, pp. 9 e ss.
  - DALHUISEN, Jan, - **Dalhuisen on International Commercial, Financial and Trade Law**, 2.<sup>a</sup> Edição, Oxford and Portland (Oregon), 2004.
  - DASSER, Felix, - **Lex mercatoria: Werkzeug der Praktiker oder Spielzeug der Lehre**. SZIER: 299-322, 1991.
  - DAVID, R. – **Arbitrage et Droit compare**, in RIDC, 1959 ; - **Arbitration in International Trade**, Antwerp: s. ed., 1985 ;– **L’arbitrage dans le commerce international**, Paris : Economica. 1982 ; - **Le droit du commerce international : une nouvelle tâche pour les législateurs nationaux ou une nouvelle « lex mercatória » ?**, *in* **New Directions in International Trade Law**, vol. I(reports), Nova Iorque : Oceana Publications, 1977 ; - **Il Diritto del commercio internazionale: un nuovo compito per il legislatori nazionali o una nuova lex mercatória?**Riv. Dir. Civ., I, p. 577 e ss., 1976.
  - DEBY- GÉRARD, F. – **Le role de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux**, Paris : Dallonz, 1973.
  - DELVAUX, Paul, - **Sur l’ordre juridique de Santi Romano**, *in* Archives de Philosophie du droit, Tome 24, les biens et les choses en droit, 1979.
  - DERAÏNS, Y. – **Le statut des usages du commerce international devant les juridictions arbitrales**, *in* Rev. Arb. , 1973 ;**L’ordre public et le droit applicable au fond du litige dans l’arbitrage international**, *in* Rev. Arb., 1986 ; - **Les normes d’application immédiate dans la jurisprudence arbitrale**, *in* **Le droit des relations économiques internationales – Études offertes à Berthold Goldman**, Paris : Librairies Techniques, 1983.
  - DERTOUZOS, M. – **O que Será : como o novo mundo da informação transformará nossas vidas**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
  - DIAS MARQUES, J. - **Introdução ao estudo do Direito**, 4.<sup>a</sup> edição, Lisboa, 1972.
  - Dias, R. – **Sociologia aplicada ao comércio exterior**, Campinas: Alínea, 1997.
  - DINH, Nguten Quoc / PATRICK, Daillier/ ALAIN Pellet, - **Direito Internacional Público**, 2.<sup>a</sup> ed, Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.
  - DOBB, M. H. – **A evolução do capitalismo**, São Paulo. Tradução de Manuel do Rego Braga, Abril, 1983
  - DRAETTA, Ugo (Org.) – **Il contratto internazionale d’appalto**, Milão. 1992; - **Gli Usi del Commercio Internazionale nella Formazione di Contratti Internazionali**, *in* : **DRAETTA, Ugo/ Vaccà, Cesare (dir.)**, “Fonti e Tipi del Contratto Internazionale”, Milão: EGEA, 1991, p. 49-72.

- EHRENZWEIG, A. A. – **Private international law – A comparative treatise on American international conflicts law, including the law of admiralty– General Part**, Leyden /Dobbs Ferry, N.Y., A.W. Sijthoff/Oceana Publications, 1967, p. 105:
- EISEMANN, F. - **Usages de la vente commerciale internationale – Incoterms** : aujourd’hui et demain, Paris : Editions Jupiter, 1980.
- ELLSCHEEID, - **O problema do direito natural. Uma orientação sistemática**, in KAUFMANN/HASSEMER (Eds), - **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas** (trad. port., Lisboa 2002), pp 211 e ss
- ENGELBERG, Esther. - **Contratos Internacionais do Comércio**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 29
- FARIA, José Eduardo, - **O Direito na economia globalizada**. S. Paulo: Malheiros, 2002, p. 155. Ver, também, p. 158.
- FERNANDES, Luís A. Carvalho, - **Teoria Geral do Direito Civil -Vol. I – Introdução; Pressupostos da Relação Jurídica**. 5ª Edição, Universidade Católica, 2009
- FERNANDEZ ROSAS, J. C. – **Ius mercatorum, Autoregulación y unificación del derecho de los negocios transnacionales**, Madrid: Colegios Notariales de España 2003; - **Derecho del comercio internacional**, Madrid, EUROLEX, 1996.
- FERRARESE, M.ª. R. – **La lex mercatoria tra storia e attualità: Da diritto dei mercanti a lex per tutti?.**, Milan: Sociologia del Diritto, 2005.
- FERREIRA DE ALMEIDA, C. - **Meios jurídicos de resolução de conflitos económicos**, **Boletim da Faculdade de Direito de Bissau**, n.º2, Setembro de 1993.
- FERRER CORREIA, A, - **Considerações sobre o método do Direito Internacional Privado**. in Estudos Vários de Direito, 309-398, Coimbra, 1982. De – **Considerações sobre o Método do Direito Internacional Privado**, Coimbra: Universidade de Coimbra, copigraf.1973;- **Da Arbitragem Comercial Internacional**, Almedina, Coimbra. 1989; - **Temas de Direito Comercial e Direito Internacional Privado**, Coimbra : Almedina, 1989, p. 178. –**Lições de Direito Internacional Privado**, Coimbra: Almedina, 2004, pp.103-138
- FERRI, L. – **Norma e negozio nel quadro dell’autonomia privata**. in RTDPC, 1958.
- FIGUEIREDO DIAS, Gabriela, - **A Assistência Técnica nos Contratos de Know-How**. Coimbra. Dicey and Morris on the Conflict of Laws, 1995.
- FILALI, O. – **Les Principes Généraux de la Lex Mercatoria**. Contribution à l’étude d’un ordre juridique anational. LGDJ, Paris, 1992, pp. 407 e ss.
- FONTAINE, M. - **La notion de contrat économique international**, in *Le contrat économique international – stabilité et évolution*, Travaux des VII es Journées d’études juridiques Jean Dabin, Bruxelles/Paris, Bruylant/ Pedone, 1975.
- FOUCHARD, Ph, - **L’arbitrage commercial international**, Paris, Dalloz, 1965 ; - **L’Etat face aux usages du commerce international**, in TCFDIP 1973/1975, Paris : Dalloz, 1977 ;- **Les usages, l’arbitre et le juge**, in *Le droit des relations économiques internationales – Études offertes à Berthold Goldman*. Paris, Librairies Techniques, 1983.
- FRÉDÉRICQ, L. (Baron) – **La vente en droit international privé**, in RCADI, t. 93, 1958-I, pp. 21 a 29.
- FRIGNANI, A. – **Il contratto internazionale, Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia diretto da Francesco Galgano**, vol. XII, Padova, 1990.
- GAILLARD, E. - **Trente ans de la Lex mercatoria: pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit**. Clunet, I, p. 5 ss. 1995.
- GALGANO, F. / MARRELLA, F., - **Diritto del commercio internazionale**, Milão, 2004;- **Interpretación del contrato y lex mercatoria**. Revista de Derecho Comparado, n.º 3, p. 7 ss., feb. 2001.
- GALGANO, F., - **La globalizzazione nello specchio del diritto**, Bologna, Il Mulino. 2005. Tradução espanhola por Roitman, H. y De La Colina, Mª.: - **La globalización en el espejo del Derecho**, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni. 2005- **Diritto commerciale**. L’imprenditore, 4.ª edição, Bolonha, 1991; – **História do direito comercial**, Tradução de João Espírito Santo. Lisboa: Editores, 1990.
- GALVÃO TELLES, - **Introdução a estudo do direito**, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora. 2010; - **Manual dos Contratos em Geral**. 3.ª edição: Petrony, Lisboa, 1965; - **Direito das obrigações**. 6.ª Edição: Almedina, , 1989.
- GARCIA AMADO, J. A – **Sociologia sistémica y política legislativa**. AFD, Madrid, 1988, pp. 243-270.

- GARCIA, DE LA CRUZ, J. M. DURÁN ROMERO, G., - **Sistema Económico Mundial**, Madrid, Thomson, 2005 p. 26.
- GAUDEMET – TALLON, Hélène, - **Le nouveau droit international privé européen des contrats (Commentaire de la convention C.E.E. n.º 80/934 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980)**. Rev. Trim. dr. eur. 17 : 215-285., 1981.
- GIULIANO, Mario/ LAGARDE, Paul, - **Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles**. - JOCE C 282, 31/10, 1980.
- GIULIANO, Mario/LAGARDE, Paul, - **Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles**. JOCE C 282, 31/10. 1980
- GLAVINIS, Panayotis, - **Les litiges relatifs aux contrats passés entre organisations internationales et personnes privées**, Paris.1993
- GODDARD, J. A., - **El Jus gentium como derecho mercantil internacional**, in Boletín Mexicano de Derecho Comparado, 1986.
- GOLDMAN, B. – **Forum Internationale**, vol. 3, 1983 ; - **Frontières du droit et «lex mercatoria»**, in *Archives de philosophie du droit*, n.º 9 – Le droit subjectif en question, Paris : Sirey, 1964 ; – **La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage international: réalité et perspectives**, Clunet Vol. 106 : 475-505, 1979 ; – **The applicable law: general principles of the law: the lex mercatoria**. In: LEWS, J. (ed), Contemporary problems in International arbitration, London, 1986. - **Nouvelles réflexions sur la lex mercatoria**, in Études de droit international en l'honneur de P. Lalive, Bâle, 1993. – **Une bataille judiciaire au tour de la Lex mercatoria. L'affaire Norsolor**. Revue de l'arbitrage, 1983.
- GOLDSCHMIDT, W. – **La autonomía de la Voluntad Intra y Suprapositiva: La Ley 148**. p. 1268-1274, 1972; **Transactions between States and Public Firms and Foreign Private Firms (A Methodological Study)**, RCADI 156: 203-329.
- GOLDSTAJN, A. – **International Conventions and Standard Contracts as Means of Escaping from the Application of Municipal Law– I**, in Schmitthoff C. M. (ed), The Sources of the Law of International Trade with special reference to East-West Trade, Londres: Stevens & Sons, 1964; – **Usages of trade and other autonomous rules of international trade according to the UN (1980) sales convention**. In International sale of goods; Dubrovnik lectures. Sarcevic, P. and P. Volken, eds. New York, Oceana, 1986; - **International conventions and standard contracts as means of escaping from the application of municipal law – 1**. The sources of the law of international trade with special reference to East-West Trade., Schmitthoff, C. M. ed., London : Stevens & Sons, 1964. – **The New Law Merchant reconsidered**, in Law and International Trade (Festschrift in honour of Clive M. Schmitthoff), Frankfurt am Main, Athenäum Verlag, 1973.; **The New Law Merchant**, J. Bus. L.: 12-17, 1961.
- GÓMEZ, Jene, M. – **Lex Mercatoria y Arbitraje Comercial Internacional : El ejemplo e la nueva ley de arbitraje española**. Estudios sobre lex mercatoria. SILVA, J. A. (coord.), UNAM, México, 2006, pp. 139-140.
- GONÇALVES PEREIRA, A. - QUADROS, Fausto de - **Manual de Direito Internacional Público**, 3.ª edição, Coimbra: Almedina, 1993, pp. 257 e ss., especialmente p. 262.
- GONDRA ROMERO, J. M.ª – **La moderna lex mercatoria y la unificación del derecho del comercio internacional**, RDM, n.º 127, 1973, p. 64
- GOODE, Roy, - **Communication on European Contract Law** (reacção à Comunicação da Comissão). Disponível em: <http://europa.eu.int/comm/consumers/cons-int//safe-shop/fair-bus-pract/cont-law/comments/academics/index-en.htm>, p. 5. Consultado em: 19-02-2012
- GÖTHEL, Stephan, - **Joint Ventures im internationalen Privatrecht. Ein vergleich der Recht Deutschlands und der USA**, Heidelberg, 1999.
- GOTTWALD, Peter, - **Internationale Schiedsgerichtsbarkeit**. in Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, org., por Peter GOTTWALD (CIT.) 3-160, 1997.
- GROSSMAN-DOERTH, H. – **Der jurist und das autonome Recht des Welthandels**. Juristische Wochenschrift, Berlin, 1929, pp. Citado por VICENTE, D. – Da arbitragem comercial internacional: direito aplicável ao mérito da causa, 1990, p. 135.
- GULLO, Marcelly Fuzaro, - **A Organização Mundial do Comércio e a Jurisdicionalização do Comércio Internacional**. p. 9. Disponível em: <http://www.cedin.com.br/revistaeletronica/indice.htm> - <http://www.cedin.com.br/revistaeletronica/artigos/A%20ORGANIZA%C7%C3O%20MUNDIAL%20DO%20COM%C9RCIO%20E%20A%20JURISDICIONALIZA%C7%C3O%20Marcelly.pdf> Consultado em: 23-01-2012.

- GUYON, Yves, - **Droit des affaires**, t. 1, 11<sup>a</sup> edição, Paris, 2001.
- HARGAIN, D. / MIHALI, G. – **Circulación de bienes en el Mercosur**. Buenos Aires: Montevideo: Editorial B de F, 1998. p. 1 e 2.
- HART, H. – **El concepto de Derecho**. Tradução de G. Carrió. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990.
- HECKE, G. Van, - **Principes et méthodes de solution des conflits de lois**, in RCADI, T. 126, 1969-I.
- HELENA BRITO, Maria, - **O Contrato de Concessão Comercial**. Coimbra, 1990
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A.- **Los Contratos internacionales de construcción “llave en mano”**, Granada, Comares, 1999.
- HESPANHA, Antônio Manuel. - **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. 3. ed., Mira-Sintra: Publicações Europa-América, 2003, p. 210, nota n. 347.
- HIGHET, K. – **The enigma of the *lex mercatoria***: In: Tulane Law Review, 1989, p. 618.
- HOFFMANN, B. von, - **Grundsätzliches zur Anwendung der «*lex mercatoria*» durch internationale Schiedsgerichte**, in Festschrift für Gerhard Kegel zum 75. Geburtstag 26. Juni 1987, Estugarda/Berlin/Colónia/ Mogúncia, W. Kohlhamer, 1987. 215-233.
- HONNOLD, John, - **Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention**, 2.<sup>a</sup> edição, Deventer e Boston, 1991.
- HORN, N. – **Die Entwicklung des Internationalen Wirtschaftsrechts durch Verhaltensrichtlinien** – Neue Elemente eines internationalen ordre public, Rabelsz, 1974, p. 423 e ss.
- HORSMANS, Guy. – **L’interprétation des contrats internationaux**, in L’apport de la jurisprudence arbitrale: Séminaire des 7 et 8 avril 1986 (ICC Publishing S.A.), p. 153, 1986.
- HUBER, Lucius, - **Das Joint-Venture im internationalen Privatrecht**, Basileia e Francoforte-sobre-o-Meno, 1992.
- HUCK, Hermes Marcelo. - **Sentença estrangeira e “*lex mercatoria*”: horizontes e fronteiras do comércio internacional**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 104.
- IRTI, Natalino. – **Le categorie giuridiche della globalizzazione**. Rivista di Diritto Civile, n.º 5, p. 625 ss, 2002.
- ISHIZAKI, Masaichiro, - **Le droit corporatif international de la vente de soies**. Paris : Giard, 1928, Vol. I, pp. 6-7.
- JACQUES, Béguin, - **L’arbitrage commercial international**, Centre de recherche en droit privé & comparé du Québec : Montréal, 1987, pp. 72 e ss.
- JALLES, I.M. – **Direito do Comércio Internacional (À procura de uma nova dimensão do DIP)**. Coimbra: Universidade de Coimbra. 1975, copigrafado.
- JAYME, Erik, - **Identité culturelle et intégration: le droit international prive postmoderne**. In : Cours général de droit international privé : recueil des cours de la Haye, t. 251, p. 256.
- JESSUP, Ph. C. – **Transnational law, New Haven**, Yale University Press, 1956. Especificamente pp. 72 e ss.;
- JITTA, D. J. – **Método de Derecho Internacional Privado**, Madrid, La España Moderna, sem data (versão castelhana de J. F. Prida da obra, publicada em 1890, sob o título *La méthode du droit international prive*; - **La substance des obligations dans le droit international prive**, t. I, Haia: Librairie Belinfante Frères, 1906; t. II, idem, 1907. pp. 21 – 23.
- JOÃO PAULO II (PAPA) na Encíclica *Dives in misericórdia*. Disponível em: [http://www.vatican.va/holy\\_father/john\\_paul\\_ii/encyclicals/documents/hf\\_jp-ii\\_enc\\_30111980\\_dives-in-misericordia\\_po.html](http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_30111980_dives-in-misericordia_po.html). Consultada em: 22-03-2012.
- JUENGER, F. K. – **General Course on Private International Law** (1983), in RCADI, t. 193, 1985-V.
- JUENGER, F. K. – **The *Lex Mercatoria* and Private International Law**, Uniform Law Review, 2000-1, pp. 171-177.
- KAHN Ph., - ‘*Lex mercatoria*’ et pratique des contrats internationaux : l’expérience française, in **Le contrat économique international – stabilité et évolution**, Travaux des VIIes Journées d’études juridiques Jean Dabin, Bruxelas/Paris, Bruylant/Pedone, 1975 ; - **Force majeure et contrats internationaux de longue durée**, in **Jus et Societas – Essays in Tribute to Wolfgang Friedmann**, Haia/Boston/Londres, Martinus Nijhoff, 1979. - **La vente commerciale internationale**, Sirey: Paris, 1961 ; - **L’interprétation des contrats internationaux**, in Clunet, 1981 ; - **Lex mercatoria et euro-obligations**, in **Law and International Trade – Festschrift für Clive M. Schmitthoff**, Frankfurt a. M., Athenaum Verlag, 1973 ; - **La *lex mercatoria*: point de vue français après quarante ans de controverses**, McGill

- Law J. 37, 413-427. 1992 ; - **Droit international économique, droit du développement, lex mercatoria : concept unique ou pluralisme des ordres juridiques ?** in *Le droit des relations économiques internationales- études offertes à Berthold Goldman*, Paris : Librairies Technique, 1983 ; - **L'essor du non-droit dans les relations commerciales internationales et le contrat sans loi**, in *L'hypothèse du non-droit, XXXe Séminaire organisé à Liège les 21 et 22 octobre 1977*, Liège, Faculté de Droit, d'Économie et de Sciences Sociales de l'Université de Liège – Commission Droit et Vie des Affaires, 1978 ; – **Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international**. JDI, 1989.
- KASSIS, A. – **Théorie générale des usages du commerce/ droit comparé/ contrats et arbitrage internationaux / lex mercatoria**, Paris : LGDJ, 1984.
  - KEGEL, G. – **The crisis of conflict of laws**, in RCADI, t. 112, 1964-II, pp. 91 e ss.
  - KELSEN, H. – **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução. Luís Carlos Borges, São Paulo: Martins Fontes, 2000;- **Teoria Pura do Direito**, II2, Tradução de João Baptista Machado, Arménio Amado-Editor: Coimbra, 1962, 163-182.
  - KEYNES, J. M. – **A teoria geral do emprego, do juro e da moeda**, Tradução de Mário R. da Cruz. São Paulo: Atlas, 1922. p. 265 e ss.
  - KINDLEBERGER, C. P. – **Comércio exterior e a economia nacional**, Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1967.
  - KLEIN, F.-E. – **De l'autorité de la loi dans les rapports commerciaux internationaux**, in *internationales Recht und Wirtschaftsordnung – Festschrift für F.A. Mann*, Munique, C. H. Beck, 1977.
  - KNOEPFLER, François/MERKT, Olivier, - **Les accords de joint venture et les limites du droit international privé**, in *Conflits et harmonisations, Mélanges Alfred von Overbeck*, 747-768, Friburgo, 1990.
  - KOLLER, Ingo, - **Transportrecht**, 5.<sup>a</sup> edição, Munique, 2004.
  - KOPAC, L. – **Le Code tchécoslovaque du commerce international**, in *Clunet*, 1967, p. 789 e ss, espec. P. 792-796
  - KRONSTEIN, Heinrich,- **The Law of International Cartels**, Ithaca e Londres. 1973.
  - LAGARDE, P. – **Approche critique de la lex mercatoria**, *Le Droit des relations économiques internationales. Études offertes à Berthold Goldman*, Litec, Paris, 1982.
  - LAKE, Ralph B. –**Breach and adaptation of international contracts: an introduction to lex mercatória**. *Salem*: Butterworth Legal Publishers, 1992, p. 13.
  - LALIVE, P – **Nouveaux regards sur le droit international privé, aujourd'hui et demain**. in Schw. Z. int. Eu. Recht, p. 3-29. 1994 ; - **Problèmes relatifs à l'arbitrage international commercial**. RCADI 120, p. 569-714. 1967 ; - **Les règles de conflit de lois appliquées au fond du litige par l'arbitre international siégeant en Suisse**, in *L'arbitrage international privé et la Suisse*, Colloque des 2 et 3 avril 1976, Genebra, Georg- Librairie de l'Université, 1977. - **Ordre public transnacional (ou réellement international) et arbitrage international**, *Rev. Arb.*, 1986, pp. 329 e ss.
  - LANDO, O. – **Principles of European Contract Law. An Alternative or a Precursor of European Legislation**, *RebelsZ.* 56: 261-273. 1992;- **The Lex mercatória in International Commercial Arbitration**, in *International Comparative Law Quarterly ICLQ*, 1985; – **The Law Applicable to the Merits of the Dispute**, in: SARCEVIC (ed.), *Essays on International Commercial Arbitration*. Boston, London, 1991, p. 146. Disponível em <http://tldb.uni-koeln.de>. Consultado em 14-03-2012.- **The Principles of European Contract Law and the lex mercatoria**, in *Private Law in the International Arena. Liber Amicorum Kurt Siehr*, 391-404, A Haia, 2000- LANDO, O. (ORG.), - **Principles of European Contract Law**. Parts I & II Combined and Revised, Dordrecht, Boston e Londres, 2000.
  - LANDO, O. / BEALE, Hugh, - **The Principles of European Contract Law**, Dordrecht, Boston e Londres, 1995.
  - LANGEN, E. – **Transnational Commercial Law**, Leiden, A. W. Sijthofs, 1973; – **Vom internationalen privatrecht zum transnationalen handels-recht**, in *NJW*, 1969, especificamente pp. 203 e ss.;
  - LAPORTA, F. J. - **El imperio de la ley una visión actual**.Madrid: Trotta, 2007, pp. 256-257.
  - LARENZ, K. – **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de J. Lamego, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 6.<sup>a</sup> Edição, 1991. - **Methodenlehre der Rechtswissenschaft**, 6.<sup>a</sup> edição, Berlim et. al. 1991.
  - LARENZ, Karl/ CANARIS, Claus-Wilhelm, - **Methodenlehre der Rechtswissenschaft**, 3.<sup>a</sup> edição, Berlim et al., 1995.

- LAVILE, P.– **Tendances et méthodes en droit internacional prive**, RCADI 155: p. 52 e ss
- LE GOFF, J. & SCHMITT, J. C. - **Dicionário temático do ocidente medieval**. Bauru : EDUSC, 2006.
- LE GOFF, Jacques, - **Mercadores e Banqueiros da Idade Média**, tradução de Orlando Cardoso, Lisboa: Gradiva, 1982.
- LEE, L: LAMBERT, D. - *Transporte et civilisations*, London: Rathbone Books Limited, 1960.
- LEITCH, M. – **O fascinante livro de navios**, 2.º. São Paulo: Siciliano, 1987.
- LEVEL, P. – **Le contrat dit sans loi**, in ICFDIP 1964/1966, Paris, Dalloz, 1967.
- LEW, J.D.M, - **Applicable Law IN International Commercial Arbitration – A Study in Commercial Arbitration Awards**, Dobbs Ferry, New York/ Netherlands, Oceana Publications/Sijthoff & Noordhoff International Publishers, 1978.
- LIMA PINHEIRO, Luís de – **Direito internacional privado, Vol I, Introdução e direito de conflitos, Parte Geral**, Coimbra: Almedina, 2001;– **Direito Comercial Internacional. Contratos Comerciais Internacionais. Convenção de Viena sobre a Venda Internacional de Mercadorias. Arbitragem Transnacional**. Almedina, 2005; - **Direito comercial internacional. O direito privado da globalização económica : relatório sobre o programa, os conteúdos e os métodos de ensino do direito comercial internacional**. Coimbra : Coimbra Editora, 2006; - **Contratos de Empreendimento Comum (Join Venture) em Direito Internacional Privado**, Lisboa: Almedina., 1998;- **A Venda com Reserva da Propriedade em Direito Internacional Privado**, MacGraw-Hill, Lisboa, et. al., 1991;- **Contributo para a Reforma do Direito Comercial Marítimo**. ROA 60: 1057-1210, 2000.
- LOQUIN, E. - **L’amiable composition en droit comparé et international – Contribution à l’étude du non-droit dans l’arbitrage commercial**, Paris : Librairies Techniques, 1980.
- LOQUIN, E. / RAVILLON, L. - **La creation d’un espace juridique mondial. La volonte des operateus vecteurs d’un droit mondialise**, *La Mondialisation du Droit*. LOQUIN E., / KESSEDIAN, C. (dirs), Dijon Litec, - **CREDIMI**, 2000, pp. 91 e ss.
- LORENZ W. – **Rechtsvergleichung als method zur konkretisierung der allgemeinen grundsätze des rechts**, in JZ, 1962,
- LORENZ, W., - **Die Lex Mercatoria: eine internationale Rechtsquelle?, in Festschrift für Karl H. Neumayer zum 65. Geburtstag**, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1985
- LOUSSOUARN, Yvon / BREDIN, Jean-Denis, - **Droit du commerce international**. Paris, Sirey, 1969
- LOYN, H. R. (org).- **Dicionário da Idade Média**. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1997. Tradução de Álvaro Cabral com revisão técnica de Hilário Franco Júnior.
- LUIZELLA Giardino B. Branco: Disponível em: [http://www.cbsg.com.br/pdf\\_publicacoes/arbitragem\\_nos\\_contratos\\_internacionais.pdf](http://www.cbsg.com.br/pdf_publicacoes/arbitragem_nos_contratos_internacionais.pdf). Consultado em: 28-03-2012.
- LY, Filip. - **International business law and lex mercatória**, North-Holland, London, 1992.
- MAGALHAES COLLAÇO, Isabel, - **Da Compra e Venda em Direito Internacional Privado, Aspectos Fundamentais, Vol. I (Dissertação de Doutoramento)**, Lisboa, 1954; – **Da compra e venda em direito internacional privado**, Lisboa: 1954.– **Direito Internacional Privado, Vol. I**, Lisboa: AAFDL, 1958, copiado;
- MAGALHÃES, J. C. - **Lex Mercatoria - Evolução e Posição Actual**, São Paulo: Revista dos Tribunais (São Paulo), v. 709, 1994 , p. 42,
- MALYNES, Gerard. – **Consuetudo Vel Lex Mercatória: or the Ancient Law-Merchant**, Londres, 1685 republicada pela Professional Books, de Abindgton, Inglaterra, em 1981. cit. Por BERGER, Klaus Peter. – **The creeping codification of the lex mercatória**. Kluwer law international, 1999, p.1.
- MANN, F.A., - **England rejects «delocalised»**, ICLQ, 1984
- Mário Raposo - **Temas de arbitragem comercial [Lex Mercatória]** ,Início> Publicações >Revista > Ano 2006 > Ano 66 - Vol. I - Jan. 2006 > Doutrina. Disponível em: [http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe\\_artigo.aspx?idc=31559&idsc=47773&ida=47824](http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=31559&idsc=47773&ida=47824) Consultado em: 22-02-2012
- MARMOL, Ch. Del, - **Les clauses contractuelles types, facteur d’unification du droit commercial**, in *Liber Amicorum Baron Louis Frédéricq*, Vol. 1, Gand, Faculteit der Rechtsgeleerdheid te Gent, 1965.
- MARQUES DOS SANTOS, A. – **Defesa e ilustração do Direito Internacional Privado**, Suplemento da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa: Coimbra Editora,

1998. – **Direito Internacional Privado, Introdução** – Vol. I, Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2001; – **Transferência internacional de tecnologia, economia e direito – alguns problemas gerais**, Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1984 (Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, n.º 132).
- MARRELLA, Fabrizio, - **La nuova lex mercatoria**, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, org. Por Francesco Galgano, vol. XXX, Pádua. 2003.
  - MARTINEK, Michael, - *Moderne Vertragstypen*, Vol. III – **Computervertrage, Kreditkartenvertragen sowie sonstige moderne Vertragstypen**, Munique, 1993.
  - MARTINEZ CAÑELLAS. A. – **La interpretación y la integración de la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías de 11 de abril de 1980**, Granada: Comares, 2004.; – **Temas de derecho vivo**, Madrid: Civitas, 1978.
  - MATIAS, Eduardo Felipe P. – **A humanidade e suas fronteiras: do Estado soberano à Sociedade global**. São Paulo: Paz e Terra, 2005, pp. 105-108.
  - MAYER, P. – **Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence**, *R. critique*, pp. 1-29, 349-388, 537-583.
  - McDOWELL, Carl; GIBBIS, Helen. - **Ocean Transportation**. Washington: Beard Books, 1999, p. 333.
  - MEHREN, A.T. Von, - **To What Extent is International Commercial Arbitration Autonomous?**, in *Le droit des relations économiques internationales – Études offertes à Berthold Goldman*, Paris : Librairies Techniques, 1983.
  - MEHREN, Von – **Special Substantive Rules for Multistate Problems: Their Role and Significance in Contemporary Choice of Law Methodology**, *Harv.L. Rev.* 88 (1974/1975) p. 347-371, 349.
  - MENEZES CORDEIRO, - **A decisão segundo a equidade, O Direito**, Ano 122.º, 1990-II, pp. 261-280; – **Costume**. Enc. Polis, Vol. I, Lisboa, Verbo, 1983; - **Do contrato de franquia (franchising) – Autonomia privada versus tipicidade negocial**, ROA 48:63-64; - **Manual de Direito Bancário**, Coimbra, 1998; - **Manual de Direito Comercial**. Vol. I, Coimbra. 2001.
  - MENEZES, Wagner (org).- **O Direito internacional e o direito brasileiro**, Ijuí: ed. Unijuí, 2004, p. 814. - **Direito das Obrigações**, A. A. F. D. L. (reimpressão), Lisboa. 1986
  - MERCADAL, Barthélemy, - **Droit des transports terrestres et aériens**. Paris, 1996.
  - MIMOSO, Maria João, - **A justiça arbitral na composição dos litígios do comércio internacional. Tese de Mestrado [Texto policopiado]**, Lisboa, 1994; - **Arbitragem do Comércio Internacional - Medidas Provisórias e Cautelares**, Lisboa: Quid Iuris, 2009.
  - MIRANDA, Jorge, - **Curso de Direito Internacional Público**, 3.ª ed., revista e atualizada. Estoril: Princípia Editora, Lda., 2006.
  - MOLINEAUX, CH. – **Moving toward a Construction Lex Mercatoria: A Lex Constructionis**, *Journal of International Arbitration*, 1997, p. 56.
  - MORÁN GARCÍA, M. E.: **Derecho de los mercados financieros internacionales**, Ed. Tirant lo Blanch, S. L. , Valencia, 2002.
  - MOURA RAMOS, R. M. – **Direito Internacional Privado e Constituição – Introdução a uma análise das suas relações**, (reimpressão), Coimbra: Coimbra Editora, 1980.
  - MUSTILL, J. (Lord) – **The New “Lex Mercatoria”: The First Twenty-Five Years**, in *Liber Amicorum for the Rt. Hon. Lord Wilberforce*, PC, CMG, OBE, QC, Oxford, Clarendon Press, 1987.
  - OLIVEIRA ASCENÇÃO J. de, **O Direito – Introdução e Teoria Geral – Uma Perspetiva Luso- Brasileira**, 9.ª edição revista, Coimbra, Almedina, 1995; - **Direito Comercial**, vol. I – **Institutos Gerais** (1998/1999); - **Lições de Direito Comercial – II** (Direito Industrial), Lisboa, AAFDL, 1988; – **O Direito- Introdução e Teoria Geral**, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1978; - **O Direito. Introdução e Teoria Geral**, 13.ª edição, Lisboa, 2005;- **Teoria Geral do Direito Civil. Volume III. Acções e Factos Jurídicos**, Lisboa, s. ed., 1991/1992.
  - OSMAN, Filali - **Les principes généraux de la lex mercatoria** — Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational, *Bibliothèque de droit privé* (tome 224), Paris 1992
  - OVERBECK, A. Von, - **La contribution de la conférence de la Haye au développement du droit international privé**. RCADI 233, 1992.
  - PAIS DE VASCONCELOS, Pedro, - **Contratos Atípicos**. Coimbra, 1995.
  - PAMBOUKIS, Ch, - **La Lex mercatoria reconsidéré. Le droit international privé : esprit et méthodes**. Melanges Paul Lagarde. Paris. Dalloz, 2005.
  - PANIKKAR, Raimon, - **Intuição cosmoteãmbrica: A Religião do Terceiro Milénio**, Trad. Maria Filomena Couto Soares, 2003, in passim, especialmente pp. 227 e ss.

- PAZ ARES, C. – **Principio de eficiência y derecho privado**, Estudios en homenaje a M. Broseta Pont. Tirant lo blanch, Valencia, 1995. Vol III, pp. 2843-2900.
- PERA, Sérgio le - **Common law y lex mercatória**, Buenos Aires: Astrea, 1988. P. 14.
- PESSOA JORGE - **Direito das Obrigações: A.A.F.D.L., Lisboa. 1974**
- PINTO MONTEIRO, António, - **Contrato de Agência**. Anotação, 5.ª edição, Coimbra, 2004; - **Direito Comercial. Contratos de Distribuição Comercial (Relatório)**, Coimbra, 2002; - **Contrato de Agência. Anotação**, 5.ª edição, Coimbra, 2004.
- PIRENNE, Henri. – **Histoire Économique et Sociale de Moyen Age**. Paris: PUF, 1969.
- PIRES DE LIMA, F. A. / ANTUNES VARELA J. M., Noções fundamentais de direito civil, vol. I, 4.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 1957.
- PIRONON, Valerie, - **Les Joint Ventures. Contribution à l'étude juridique d'un instrument de coopération internationale**, Paris, 2004.
- POMIAN. K. - **Periodização**, Lisboa: *Enciclopédia Einaudi*, vol. 29, 1993, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, pp. 164-213.
- PORTO, Paulo Lopes, MARIA, Santiago Barbadillo de - **Franchising Passo a Passo**, Porto: Edições IPAM, 2003;
- PRADO, Luiz Carlos Denorme. - **Globalização: notas sobre um conceito controverso**. Disponível em: <http://esscp.globalizacao.googlepages.com/LuisCarlosDelormePrado.pdf>. Consultado em: 04-03-2012 de 2012.
- PRAENDL, F. – **Measures od Damages in International Commercial Arbitration**, in *SJIL*, 1987.
- PRUSSMANN, Heinz / RABE, Dieter, - **Seehandelsrecht**. 4.ª edição, Munique, 2000
- PUTTFARKEN, Hans-Jürgen. - **Seehandelsrecht**. Heidelberg: Recht und Wirtschaft, 1997.
- RAPOSO, Mário, - **Estudos sobre o Novo Direito Marítimo**. Coimbra, 1999
- REALE, Miguel, - **O Direito como Experiência**. S. Paulo: Editora Saraiva, 2004
- RECHSTEINER, Walter Beat. – **Arbitragem privada internacional no Brasil: depois da nova lei 9.307, de 23.09.1996: Teoria e prática**. 2.ª Ed., ver., atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 15
- REHBINDE, Manfred, - **Einführung in die Rechtswissenschaft**. 6.ª edição do manual de B. REHFELDT, Berlim e Nova Iorque. 1988.
- REIMANN, Th., - **Zur Lehre vom rechtsordnungslosen Vertrag**. Bona, Ludwig Rohrscheid Verlag, 1970.
- REINHOLD, WOLFF, - **Die Rechtsgrundlagen der internationalen Kartelle**, Berlim, 1929.
- REMIRO BROTONS, A. – **Regla de conflicto y normas materiales de Derecho Internacional Privado**, in *Temis (Symbolae García Arias)*, 1973-1974.
- REMIRO BROTONS, A. – **Reglas de conflito y normas materiales de Derecho internacional privado**, *Temis, Symbolae García Arias*, n.º 33-36, 1973-1974, pp. 605 e ss.
- REQUIÃO, R. – **Curso de direito Comercial**, Vol. I, São Paulo: Saraiva, 1981. p. 9.
- RESENDE, L. S. de. – **Exportação e incentivos: recursos e aplicação**. 7. Ed. São Paulo: Aduaneiras, 1986.
- RESENDE, L. S. de; GARCIA, L. M. – **Exportação: organização para exportar, rotinas e procedimentos, canais de distribuição**. 3.ª ed. São Paulo : Atlas, 1984
- RIBEIRO, Ana Paula- **O contrato de franquia (franchising) No direito interno e internacional**. Lisboa: Tempus Editores, 1994.
- RIBEIRO, Mª de Fátima -**O contrato de franquia – franchising– Noção, natureza jurídica e aspectos fundamentais do regime**, Coimbra: Livraria Almedina, 2001.
- RIGAUX, F. – **Le Domaine d'application de la loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels et de la loi uniforme sur la formation de ces contrats de vente, in Le Contrat économique international – stabilité et évolution**, *Travaux des VIIes Journées d'études juridiques Jean Dabin, Bruxelles/Paris, Bruylant/ Pedone, 1975* ; - **Pour una autre ordre international**, in *BLANC, J. - RIGAUX F., - Droit Économique II*, Paris: Pedone, 1979, pp. 364-399 ; - **Droit public et droit privé dans les relations internationales**. Paris : Pedone, 1977 ; – **Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale**. RCADI 213
- ROBERT, J. - **L'arbitrage – droit interne – droit international privé**. 5.ª edição, Paris : Dalloz, 1983 ; - **Le phénomène transnational**, L.G.D.J., éd. De L'AFA, pp. 3 e ss.
- RODIÈRE, René / DU PONTAVICE, Emmanuel, - **Droit maritime**, 12.ª edição, Paris, 1996

- ROMANO MARTINEZ, Pedro, - **Direito das Obrigações (Parte Especial). Contratos**, 2.<sup>a</sup> Edição, Coimbra. 2001
- ROMANO, E. R. – **General principles of English mercantile law: elementi di diritto commerciale inglese**. 2.<sup>a</sup> ed. Torino: Giappichelli editore, 1960, p. 22.
- ROMANO, S. – **El ordenamiento jurídico**. Tradução de S. Martin Retortillo. Ed. IEP, Madrid: 1963.
- RUBINO-SAMMARTANO, M. – **The Channel Tunnel and the Tronc Commun Doctrine**, **Journal of International Arbitration**, 1993.
- RUDOLF, Meyer, - **Bona fides und lex mercatória in der europäischen Rechtstradition**, Göttingen: Wallstein, 1994
- SACARRERA, Guardiola, E. – **La Compraventa Internacional: Importaciones y exportaciones**. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, S.A., 1994.
- SCHAFF, A. – **A sociedade informática : as consequências da Segunda Revolução Industrial**. 4.<sup>a</sup> edição. São Paulo: Brasiliense, 1995. Tradução de Carlos Eduardo Jordão Machado e Luiz Artuno Obojes.
- SCHAFFER, Richard /AUGUSTI, Filiberto / EARLE, Beverly.- **International Business Law and Its Environment**. 7th. ed. South-Western Cengage Learnin, 2009.
- SCHLOSSER, P. - **Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit**, Vol. I – Systematische Darstellung, Tubingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1975.
- SCHMIDT, Karsten, - **Handelsrecht**, 5.<sup>a</sup> edição, Colónia et al., 1999.
- SCHMITTHOFF, C. - **International Trade Law and Private International Law**, in Vom deutschen zum europäischen Recht – Festschrift für Hans Dolle, Vol. II, Tubinger, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1963; - **Das neue Recht des Welthandels**, in Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, 1964; - **The Law of International Trade, Its Growth, Formulation and Operation**, in The Sources of the Law of International Trade (With Special Reference to East-West Trade), Londres, Stevens & Sons, 1964; – **Commercial Law in a changing economic climate**. 2.<sup>a</sup> Ed.. London: S. ed., 1981; – **International business law: a new law Merchant**. In: Curr. Law and Soc. Prob., 1961; – **Nature and evolution of the transnational law and commercial transactions**. In SCHMITTHOFF, C. M; HORN, N (ed.) The transnational law of international commercial transactions, Deventer: Kluwer law international, 1982; - - **The Law and Practice of International Trade**. 10.<sup>a</sup> edição, por LEO D'ARCY, Carole MURRAY e Barbara CLEAVE, Londres., 2000.
- SERAGLINI, Christophe - **Du bon usage des principes Unidroit dans l'arbitrage international**, na Rev.Arb., 2003, pp. 1101 – 1166, em especial p. 1104
- SERRA, C. – **Direito comercial: Noções fundamentais**, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- SHERIDAN, P. – **Construction and engineering arbitration** , Londres: Carswell, 199.
- SHERMAN, J. e HUNT, E. – **História do Pensamento económico**. Petrópolis: Vozes, 1988, p. 27.
- SIEHR, K, - **Sachrecht im IPR, transnationales Recht und lex mercatoria**, in W. Holl – U. Klinke, **Internationales Privatrecht – Internationales Wirtschaftsrecht**, Colónia/Berlim/Bona/Mogúncia, Carl Heymanns Verlag, 1985.
- SIMITIS, S. – **Aufgaben und Grenzen der Parteiautonomie im internationalen Vertragsrecht**, in JuS, 1966.
- SOUSA SANTOS, B., **O discurso e o poder – Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro, II – IURIDICA**, Coimbra, Faculdade de Direito, 1979, p. 245 e ss.
- STEIN, Ursula, - **Lex mercatória, Realitat und Theorie**, Francoforte-sobre-o-Meno, 1995.
- STEINDORFF, E. – **Sachnormen im internationalen Privatrecht**, Frakfurt a. M., Vittorio Klostermann, 1958.
- STOECKER, C. W. O. **The Lex mercatória: to what extent does it exist? Journal of international arbitration**, Vol. 7, n.º 1, march 1990, p. 105-106.
- STRENGER, I. – **Autonomia da Vontade em direito internacional privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968; – **Direito do Comércio Internacional e Lex Mercatória**. São Paulo: LTr, 1996; - **Direito internacional privado**. 5. ed. São Paulo: LTR, 2003. p. 826, n.º27.1
- SZKLAROWSKY, Leon. **Arbitragem Marítima**. In Revista Jurídica Consulex – Ano XII – n.º 277 – 31 de Julho de 2008. In *passim* Disponível em: <http://www.2ccago.com.br/up/arbitragem.pdf>. Acesso em: 03/03/2012.

- TARANTINO, A., - **Brevi riflessioni sui precedenti dottrinali dell'istituzionalismo di Santi Romano**, "Rivista internazionale di Filosofia del Diritto", 1977, pp. 687-691; - **La teoria della necessità nell'ordinamento giuridico**, Milan: Giuffrè, 1980, pp. 57-58;
- TAVOLARO, Agostinho Taffoli.; MARTINS, Ives Gandra da Silva, - **Fontes do Direito do Comércio Internacional e o Direito Brasileiro – Cap. I**, p.6. Disponível em: <http://www.tavolaroadvogados.com/doutrina/cs518.pdf>. Consultado em: 23-01-2012
- TETLEY, William, - **Maritime Transportation**, in IECL vol. XII, Cap. , 2001; - **International Maritime and Admiralty Law**. Québec: Éditions Yvon Blais, 2002, p. 4.: p. 3-30 ;- **The lex marítima**. In CARBONNEAU, Thomas E.-**Lex mercatória and arbitration: a discuss of the new law merchant**, rev. ed., Juris Publishing, 1998. p. 43.
- TEUBNER, G. - **Global Bukowin Legal Pluralism in the World Society, Global law Without a State**. Dartmouth, Alderhot, 1997. Tradução portuguesa por P. Naumann. TEUBNER, G. - **A Bukowina Global sobre a emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional**. Tradução de P. Naumann. Impulso. Revista de Ciências Sociais e Humanas. Universidade de Piracicaba. Vol 14, Nº33, 2003. Disponível em: <http://www.unimep.br/phpg/editora/revistaspdf/imp33art01.pdf>. Consultado em: 18-03-2012. Teubner, G.: *La Cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergence delle costituzioni civili*. Armando Editore, Roma, 2005.– **El Derecho como sistema autopoietico de la sociedade global**. Tradução Gómez-Jara Díez, C. Universidad del externado de Colombia, Bogotá, 2005; – **El Derecho como sujeto epistémico: Hacia una epistemología constructivista del Derecho**. Tradução por Carlos Gómez-Jara Díez, Doxa. Cuadernos de Filosofia del Derecho. N.º 25, 2002,
- TRAKMAN, A. – **The evolution of the law merchant**. In: Journal of maritime law and commerce, 1980, p. 173-174.
- TUNC, A. – **English and continental law**.In: Journal of Business Law, 1961, p. 237. Sobre a evolução através do fenómeno industrial. Ver NEF, J. V. – **La naissance de la civilisation industrielle et le monde contemporain**. Paris : Librairie Armand Colin, 1954.
- VASCONCELOS, L. Miguel Pestana de -**O contrato de franquia (franchising)**,Coimbra: Livraria Almedina, 2000.
- VAZ, Isabel, - **Direito Internacional Público e Lex Mercatoria na disciplina dos contratos internacionais** (dissertação de mestrado policopiada), Lisboa, 1990.
- VENTURA, Raúl, - **Primeiras notas sobre o contrato de consórcio**, ROA 41:609-690, 1981.
- VERDERA Y TUELLS, E. - **El 'Pierce the Veil, arbitral de Yves Derains**. in RCEA, 1985.
- VERDROSS, A. – **Die Sicherung von ausländischen Privatrechten aus Abkommen zur wirtschaftlichen Entwicklung mit Schiedsklauseln**. in ZaoRV, 1957/1958, pp. 635 e ss.
- VERDROSS, Alfred, - **Gibt es Verträge die weder dem innerstaatlichen Recht nor dem Völkerrecht unterliegen?**, ZRvgl. 6: 129-134, 1965.
- VICENTE, Dário Moura, - **Portugal e a Arbitragem Internacional**, Janus, 2004> Índice de artigos> O direito e a justiça em acção> A construção de uma justiça internacional > **[Portugal e a arbitragem internacional]**; Disponível em: [http://www.janusonline.pt/2004/2004\\_3\\_2\\_5.html](http://www.janusonline.pt/2004/2004_3_2_5.html). Consultado em: 26-02-2012;- **Da Arbitragem Comercial Internacional: Direito Aplicável ao mérito da causa**, Coimbra Editora, 1990.
- VIEIRA, Liszt. **Cidadania e Globalização**. 8 ed. Rio de Janeiro- São Paulo: Record, 2005, p. 77-78.
- VIRALLY, M – **Un tiers droit? Réflexions théoriques, in le droit dès relations économiques internationales**, in Études offertes à Berthold Goldman, Litec, Paris,1987, p. 384.
- VON CAEMMERRER, E. – **The influence of the law of international trade on the development and character of the comercial law in the civil law countries**, p. 88. In: SCHMITTHOFF, C. M. (ed.) *The sources of the law of international trade*.London: s. ed., 1964.
- VRIES H. de, - **Le caracteres normatif des pratiques commerciales internationales**, in Hommage à Frédéric Eisemann, Paris : CCI, 1978.
- VRIES, H. de – **Le caractere normatif des pratiques commerciales internationales**, em Hommage à Frédéric Eisemann – Liber Amicorum, Paris, Chambre de Commerce Internationale, 1978.

## Outros Documentos

- **AAA-** Ver site institucional. Disponível em: [http://www.adr.org/aaa/faces/home?\\_afzLoop=281398659926609&\\_afzWindowMode=0&\\_afzWindowId=nat2hdhqa\\_34](http://www.adr.org/aaa/faces/home?_afzLoop=281398659926609&_afzWindowMode=0&_afzWindowId=nat2hdhqa_34). Consultado em: 05-03-2012.
- **BANCO MUNDIAL-** Disponível em: <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/EXTABOUTUS/0,,contentMDK:22427666~menuPK:8336899~pagePK:51123644~piPK:329829~theSitePK:29708,00.html>. Consultado em: 08-03-2012
- **BANCO MUNDIAL - What we do.** Disponível em: <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/EXTABOUTUS/0,,contentMDK:20103838~menuPK:1696997~pagePK:51123644~piPK:329829~theSitePK:29708,00.html>. Consultado em: 05-03-2012.
- Base de Dados UNILEX - «www.unilex.info»
- **BIS - About BIS.** Disponível em: <http://www.bis.org/about/index.htm>. Consultado em: 05-03-2012
- **CPA -** Disponível em: [http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag\\_id=1303](http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1303). Consultado em: 05-03-2012.
- EUROPA >Sínteses da legislação da UE>Assuntos institucionais>-**As fontes não escritas do direito europeu: direito subsidiário,** Disponível em: [http://europa.eu/legislation\\_summaries/institutional\\_affairs/decisionmaking\\_process/114533\\_pt.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/decisionmaking_process/114533_pt.htm) Consultado em: 18-02-2012
- **FMI- About FMI.** Disponível em: <http://www.imf.org/external/about.htm>. Consultado em: 05-03-2012 e Ver site Institucional. –**Overview.** Disponível em: <http://www.imf.org/external/about/overview.htm> Consultado em: 05-03-2012
- **FOSFA -.** Disponível em: <http://www.fosfa.org/>. Consultado em: 05-03-2012
- **GAFTA-** Disponível em: <http://www.gafta.com/> . Consultado em: 05-03-2012.
- **ICIA-** Disponível em: <http://www.lcia.org/>. Consultado em: 05-03-2012
- **ICMA -** Ver site: <http://www.icmagroup.org/>. – História da ICMA.*In*International Capital Market Association – ICMA .Disponível em: <http://www.icmagroup.org/About-ICMA/Organisation/history.aspx> . Consultado em: 21-02-2012.
- **ICMA- INTERNATIONAL CONGRESS OF MARITIME ARBITRATORS -** As diversas associações de arbitragem marítima da atualidade . Disponível em: <http://www.icmaweb.com/index.php/national-maritime-arbitration-associations>. Consultado em: 05-03-2012
- **ILA - International Law association** Disponível em: [http://www.ila-hq.org/en/about\\_us/index.cfm](http://www.ila-hq.org/en/about_us/index.cfm). Consultado em: 14-03-2012.
- **International Law association** – Ramo Brasil. Disponível em: <http://www.ilabrasil.org.br/site> . Consultado em: 14-03-2012.
- **IOSCO- The International Organization of Securities Commissions General Information.** Disponível em: <http://www.iosco.org/about/> Consultado em: 05-03-2012
- **ISDA -** Ver site: <http://www2.isda.org/>.
- **LCIA -** Site Institucional – About the LCIA. Disponível em: <http://www.lcia.org/LCIA/Introduction.aspx>. Consultado em: 05-03-2012.
- **LEX MERCATORIA** – University of Tromsø e University of Oslo, Norway. Disponível no site: <http://www.jus.uio.no/lm/>
- **OEA-** Site Institucional. Disponível em: [http://www.oas.org/pt/sobre/quem\\_somos.asp](http://www.oas.org/pt/sobre/quem_somos.asp). Consultado em: 12-03-2012.
- **OMC-** Ver site institucional. Disponível em: [http://www.wto.org/english/thewto\\_e/whatis\\_e/who\\_we\\_are\\_e.htm](http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/who_we_are_e.htm) . Consultado em: 05-03-2012.
- **THE BRISTOL CORN & FEED TRADE ASSOCIATION.** Disponível em: <http://www.bcfta.org.uk/history.php>.
- **UNCITRAL -** Nota explicativa da secretaria da UNCITRAL sobre a Convenção das Nações Unidas sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias.“ Disponível em : <http://www.cisg-brasil.net/doc/explnotecisgtradamadeusorleans-final.pdf> consultado em: 21-02-2012

- **UNECE**- Site Institucional. - About Unece. Disponível em: <http://www.unece.org/about-unece.html>. Consultado em: 06-03-2012
- **UNITED NATIONS ECONOMIC COMMISSION FOR EUROPE**, Disponível em: <http://www.UNECE.org/ceci/welcome.html>, Consultado em: 24-02-2012.
- Ver site institucional. Disponível em: <http://www.ecb.int/ecb/html/index.pt.html> Consultado em:05-03-2012.
- **WIPO**- Disponível em: <http://www.wipo.int/portal/index.html.en>. Consultado em: 05-03-2012.
- **World Commission on the Social Dimension of Globalization**. *A fair Globalization Creating Opportunities for all*. Geneva, Switzerland, Feb. 2004. Disponível em: <[http:// www.Ilo.org/wcmsp5/groups/public/-dgreports/-dcomm/documents/publication/kd00068.pdf](http://www.Ilo.org/wcmsp5/groups/public/-dgreports/-dcomm/documents/publication/kd00068.pdf)>. Acesso em: 13-01-2012.

## Jurisprudência

### Francesa

Caso *Valenciana de Cimentos*, através da sentença da *Cour d'appel* de Paris datada a 13 de Julho de 1989, confirmada pela *Cour de Cassation* em 1991.

Cour de Cassation francesa, de 17 de Maio de 1927.

Cour de Cassation francesa, de 19 de Fevereiro de 1930 e 27 de Janeiro de 1931 (arrêts *Mardelé e Dambricourt*)- *In Revue Critique*, 1930, pp. 282 e ss e 1931, pp. 514 e ss.

Cour de Cassation, de 18 de Maio de 1971 (Arrêt *Société Impex*), in *Revue critique*, 1972, p. 124, e a decisão da Cour d'Appel de Paris, de 13 de Dezembro de 1975 (arrêt *Menicucci*), in *Revue critique*, 1976, p. 507.

### Portuguesa

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 05A2507, em 15-03-2005.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 0636141, 11-01-2007.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 406/09.0YFLSB, em 22-09-2009.

### Norte Americana

Caso *Mitsubishi Motors Corp. com Soler Chryslerplymouth, Inc.* in *Rev. Arb.*, 1986, pp. 356-357; *In Rev.*, 1986, pp. 273 e ss

### Italiana

Corte di Cassazione, sentença de 8 de Fevereiro de 1982, *Fratelli Damiano s. n. c. – August Topfer & Co. GmbH*, in *R.D.I.P.P.*, 1982.

### **CCI (Cases)**

Assunto:

n.º 9594/1999

n.º 10335/2000

n.º 9753/1999

n.º 10022/2000

n.º 9029/1998

n.º 9419/1998

n.º 2443/ 1976

n.º 2404/ 1975

n.º 2438/ 1975.