

**A NOVA *LEX MERCATORIA* ENTRE A *CIVIL LAW* E A *COMMON LAW*: A  
CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE CONTRATOS DE VENDA  
INTERNACIONAL DE MERCADORIAS E A HARMONIZAÇÃO DO DIREITO  
CONTRATUAL EUROPEU.**

THE NEW *LEX MERCATORIA* BETWEEN *CIVIL LAW* AND *COMMON LAW*: THE  
UNITED NATIONS CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL  
SALE OF GOODS AND THE HARMONIZATION OF EUROPEAN CONTRACT LAW.

André Soares Oliveira<sup>1</sup>

Heloísa Gomes Medeiros<sup>2</sup>

**RESUMO**

O crescimento do comércio internacional tem como uma de suas consequências o contato dos diversos ordenamentos jurídicos para disciplinar essas relações por meio de contratos. Este artigo busca elucidar como ocorre essa interação. Utilizou-se do método bibliográfico e documental. Os resultados foram que com a consagração da autonomia das partes na escolha da lei aplicável aos contratos internacionais provoca-se o contato de ordenamentos jurídicos substancialmente distintos – *civil law* e *common law* – para o tratamento do contrato internacional, o que gera e frustra expectativas entre os comerciantes. Uma possível solução encontra-se na nova *Lex Mercatoria*, ordenamento formado espontaneamente pelas práticas do comércio internacional, que é refletida pelos instrumentos de direito internacional público ou pelas tentativas de harmonização no âmbito do direito comunitário

**PALAVRAS-CHAVE:** contrato internacional, autonomia das partes, nova *lex mercatoria*

**ABSTRACT**

The growth of international trade has as one of its consequences the contact of different legal systems to regulate these relationships through contracts. This article seeks to elucidate how this interaction occurs. It was used the bibliographic and documental method. The results were that the consecration of party autonomy in choice of law applicable to international contracts puts in touch substantially different legal systems - *civil law* and *common law* - for the treatment of international contract, which generates and frustrates expectations among traders. A possible solution lies in the new *Lex Mercatoria*, formed spontaneously by practices of international trade, which is reflected by the instruments of public international law or in the scope of communitarian law.

**KEYWORDS:** international contract; party autonomy; new *lex mercatoria*.

---

<sup>1</sup> Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Foi professor substituto do Departamento de Direito da última Universidade. Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES).

<sup>2</sup> Doutoranda e Mestra em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). É professora substituta do Departamento de Direito da mesma Universidade. Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES).

## Introdução

A força do comércio, não apenas em tempos de globalização, mas certamente por ela intensificada, faz com que se circulem não apenas mercadorias – bens, capitais e serviços – mas aproxima os povos e facilita o intercâmbio cultural.

O contrato – veículo central das trocas comerciais – possibilita, em especial quando coloca em contato diversas nacionalidades, o trânsito também de modelos jurídicos. Produto da cultura, o Direito acaba fazendo parte desta grande interação proporcionada pelo comércio, desde os povos da antiguidade até hoje.

Contudo, umas das questões – talvez a mais tormentosa – que se coloca para aqueles que negociam com comerciantes de outros países é a escolha da lei aplicável ao contrato internacional. Reproduzindo modelos contratuais, por vezes os operadores jurídicos – por descuido ou desconhecimento – terminam não prestando muita atenção a esse aspecto tão relevante do contrato internacional.

A escolha da lei aplicável afeta de modo decisivo o modo como o contrato será executado, as expectativas que se pode gerar em relação à contraparte, e por fim, sendo tal avença eventualmente levada a um tribunal – seja estatal ou arbitral -, o que se pode esperar da decisão prolatada pelo magistrado ou árbitro.

O presente estudo objetiva demonstrar as principais diferenças entre a *Civil Law*, ou direito continental (famílias jurídicas inspiradas no direito da Europa continental), e a *Common Law* ou direito comum (famílias jurídicas inspiradas no direito inglês) na compreensão dos contratos e propor a aplicação nova *Lex Mercatoria* – conceito oriundo da lei aplicada aos mercadores da baixa idade média – pode solucionar esse problema.

Em um primeiro momento será abordada a origem da denominada autonomia das partes na escolha da lei aplicável, superando a denominada *lex loci contractus*, e os seus limites na aplicação da ordem pública e das denominadas normas imperativas. Após isso, serão expostas as diferenças principais entre o direito continental e o direito comum na compreensão do direito contratual.

Por fim, será proposta a *Lex Mercatoria* como lei aplicável aos contratos internacionais, superando essas dicotomias, por meio de instrumentos codificados, em especial a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Venda Internacional de Mercadorias (CISG no acrônimo anglófono) e as tentativas para criação de um direito europeu dos contratos.

## 1 *Lex loci contractus* e a autonomia das partes na escolha da lei aplicável aos contratos internacionais

Previamente ao debate sobre a doutrina da autonomia das partes, se faz necessária uma elucidação sobre a caracterização jurídica da internacionalidade dos contratos.

Os tratados sobre contratos internacionais, ao determinarem os seus escopos de aplicação, fornecem elementos para essa caracterização. Exemplos podem ser encontrados na Convenção acerca do Direito Uniforme aplicável a Venda Internacionais de Bens (UNIDROIT, 1964A) e na Convenção acerca do Direito Uniforme aplicável à formação dos Contratos para a Venda Internacionais de Bens (UNIDROIT, 1964B), ambas firmadas na Haia em 1º de julho de 1964.<sup>3</sup>

Outros acordos multilaterais devem ser considerados como a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos para a Venda Internacional de Mercadorias, de 1980 (UNCITRAL, 1980); a Convenção da Haia de 1986 sobre a Lei Aplicável aos Contratos para a Venda Internacional de Mercadorias (HCCH, 1986) e, mais recentemente, os Princípios da Haia sobre a Lei Aplicável aos Contratos Internacionais (HCCH, 2013). Os três instrumentos trazem uma definição de contrato internacional no seu artigo inaugural.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> A primeira Convenção define em seu artigo primeiro: “1. *The present Law shall apply to contracts of sale of goods entered into by parties whose places of business are in the territories of different States, in each of the following cases: (a) where the contract involves the sale of goods which are at the time of the conclusion of the contract in the course of carriage or will be carried from the territory of one State to the territory of another; (b) where the acts constituting the offer and the acceptance have been effected in the territories of different States; (c) where delivery of the goods is to be made in the territory of a State other than that within whose territory the acts constituting the offer and the acceptance have been effected.*” A segunda Convenção repete o texto da anterior: “1. *The present Law shall apply to the formation of contracts of sale of goods entered into by parties whose places of business are in the territories of different States, in each of the following cases: (a) where the offer or the reply relates to goods which are in the course of carriage or will be carried from the territory of one State to the territory of another; (b) where the acts constituting the offer and the acceptance are effected in the territories of different States; (c) where delivery of the goods is to be made in the territory of a State other than that within whose territory the acts constituting the offer and the acceptance are effected*”.

<sup>4</sup> A primeira Convenção coloca que “Article 1 (1) *This Convention applies to contracts of sale of goods between parties whose places of business are in different States: (a) when the States are Contracting States; or (b) when the rules of private international law lead to the application of the law of a Contracting State. (2) The fact that the parties have their places of business in different States is to be disregarded whenever this fact does not appear either from the contract or from any dealings between, or from information disclosed by, the parties at any time before or at the conclusion of the contract. (3) Neither the nationality of the parties nor the civil or commercial character of the parties or of the contract is to be taken into consideration in determining the application of this Convention.*”. A segunda Convenção diz que “Article 1 *This Convention determines the law applicable to contracts of sale of goods – a) between parties having their places of business in different States; b) in all other cases involving a choice between the laws of different States, unless such a choice arises solely from a stipulation by the parties as to the applicable law, even if accompanied by a choice of court or arbitration*”. E por fim, os Princípios da Haia definem contrato internacional “Article 1 *Scope of the Principles. Paragraph 1 These Principles apply to choice of law in international contracts where each party is acting in the exercise of its trade or profession. They do not apply to consumer or employment contracts. Paragraph 2 For the purposes of these Principles, a contract is international unless the parties have their establishments in the same State and the relationship of the parties and all other relevant elements, regardless*

Apesar das pequenas variações na determinação de seus escopos, todos os mencionados documentos utilizam como critério jurídico para a caracterização da internacionalidade de um contrato o fato que os contratantes tenham os seus estabelecimentos em Estados diferentes.

Essa caracterização jurídica da internacionalidade do contrato é importante para a compreensão da escolha da lei aplicável. Considerando a velocidade que a globalização imprime às relações jurídicas, essa escolha representa eficiência em termos econômicos e incrementa uma competição entre os sistemas jurídicos no sentido de que suas normas sejam mais atrativas às partes contratantes. A escolha da lei aplicável juntamente com a livre escolha da jurisdição forma a autonomia das partes, indo além daquela autonomia do direito substantivo (liberdade de contratar), já que pela escolha da lei as partes podem evitar determinações cogentes e dispositivas de determinada ordem jurídica (RÜHL, 2012).

A livre escolha da lei aplicável às relações jurídicas transfronteiriças remete a Charles Dumoulin, jurista francês do século XVI, considerado o pai da doutrina da autonomia das partes, com origem na obra *Conclusiones de Statutis et Consuetudinibus Localibus*. Tratava-se, ao tempo, de uma oposição à então prevalente *lex loci contractus*, que encontra sua origem no jurista italiano do século XIV Bartolus de Sassoferrato (ZHAGN, 2006). Nessa obra do jurista francês, a preocupação era argumentar contra a aplicação da lei da local da celebração do casamento (*lex loci celebrationis*), defendendo a livre escolha em favor da lei do domicílio do marido (RÜHL, 2012).

Em fins do século XIX, Savigny também deu impulsionou a doutrina da autonomia das partes, elucidando uma conexão íntima entre a lei do local de execução da obrigação e a lei do contrato. Para o jurista alemão, não seria razoável que sendo uma obrigação contraída em um país, para ser executada em outro, ela estivesse submetida às leis do primeiro. Contudo, deveria haver respeito a intenção das partes em determinar a lei aplicável às obrigações contraídas, fosse de modo explícito ou implícito (ZHANG, 2006). Savigny, entretanto, não teria atribuído uma relevância intrínseca à autonomia das partes na escolha da lei aplicável, vendo-a apenas como um argumento em favor da aplicação da lei do local da execução (*lex loci executionis*) (RÜHL, 2012).

---

***of the chosen law, are connected only with that State.*** Paragraph 3 *These Principles do not address the law governing: a) the capacity of natural persons; b) arbitration agreements and agreements on choice of court; c) companies or other collective bodies and trusts; d) insolvency; e) the proprietary effects of contracts; f) the issue of whether an agent is able to bind a principal to a third party.*”

A autonomia das partes como elemento de conexão na escolha da lei aplicável aparece apenas como tal nos trabalhos do jurista italiano Pasquale Stanislao Mancini. Afastando os elementos de conexão territorial, Mancini introduz a autonomia das partes na escolha da lei aplicável como elemento de conexão. Seus estudos ganharam relevância com o advento do liberalismo, ao final do século XIX. Com o aumento do comércio internacional, as resistências à livre escolha da lei aplicável cedem ao longo do século XX, sendo que nos anos 60 essa autonomia de escolha era um princípio aceito do direito internacional privado (RÜHL, 2012).

De fato, a doutrina da autonomia das partes é bem quista por aqueles que operam transações comerciais internacionais, acreditando-se que a livre escolha torna as partes juridicamente mais seguras quanto a seus direitos e deveres. Contudo, o meio acadêmico não tem um consenso sobre a autonomia das partes na escolha da lei aplicável aos contratos internacionais, questionando-se as bases dessa doutrina e mesmo a praticabilidade de sua aplicação (ZHANG, 2006).

A autonomia das partes na escolha da lei aplicável nem sempre é completa já que alguns ordenamentos jurídicos limitam a escolha apenas a leis nacionais, afastando a aplicação da *Lex Mercatoria*, p.ex., ou ainda apenas a leis nacionais que as partes tenham alguma ligação, seja por nacionalidade, domicílio ou natureza do contrato celebrado (RÜHL, 2012).

Quando a doutrina da autonomia das partes surgiu, não havia uma clareza se a lei escolhida seria aplicada apenas às determinações decorrentes de um contrato ou igualmente regeria aspectos de sua validade. No século XIX, compreendeu-se a escolha da lei se aplicava tantos aos direitos e deveres decorrentes do contrato quanto a sua validade. Nesse tempo, as principais discussões eram sobre a validade dos contratos, mas hoje em dia a maior importância está em sua aplicação às obrigações decorrentes dos mesmos. Contudo, deve-se fazer uma distinção entre lei aplicável aos deveres decorrentes do contrato e lei aplicável aos aspectos de validade da avença.<sup>5</sup>

Outro desenvolvimento da doutrina da autonomia das partes é a chamada *dépeçage* ou *splitting*, que permite que as partes escolham várias leis para reger diferentes partes do contrato. Por meio dessa opção, as partes podem escolher, por exemplo, uma lei para determinar aspectos

---

<sup>5</sup> Vale a pena a transcrição: “To illustrate, if a contract is deemed invalid pursuant to the law chosen by the parties, then there will be no contract at all and all issues related to the rights and obligations of the parties under the contract are moot. However, if a contract is invalid under the law of the place where the contract is formed, it will remain invalid at the place of contracting, even though the parties have designated the law of another country under which the contract is considered valid. In this situation, an inherent risk is that the validity of the contract may be challenged no matter what effect it may have as to the contents of the contract under the applicable law designated by the parties”. In: ZHANG, Mo. Party autonomy and beyond: an international perspective of contractual choice of law. *Emory International Law Review*. v.20, p.511-562, 2006, p.520.

de validade/forma do contrato e outra para aspectos substanciais. As origens desse desdobramento estariam em observações do próprio Savigny que, em um contrato, haveriam obrigações a serem desempenhadas pelas partes em, pelo menos, dois locais diferentes, o que na sua visão justificaria duas leis aplicáveis ao contrato internacional (ZHANG, 2006).

Uma questão decorrente da autonomia das partes é a determinação da extensão da lei escolhida, já que se pode escolher ‘toda a lei’ de um determinado lugar ou apenas o direito substantivo. Ao escolher ‘toda a lei’, isso inclui normas internas de direito internacional privado – p.ex, aquelas fixadas nas Leis de Introdução aos Códigos Civis, nos países de *Civil Law* – e isso leva ao problema do reenvio<sup>6</sup>. Com isso, corre-se o risco da determinação da lei aplicável pela autonomia das partes desembocar em um grande labirinto jurídico.

A livre escolha da lei aplicável, entretanto, apresenta limitações de ordem funcional, situacional ou mesmo técnica. As primeiras versam sobre a proteção de partes mais fracas, principalmente consumidores e trabalhadores, diante de efeitos negativos da assimetria de informações. Terceiros e o público em geral também devem ser protegidos quando a escolha de determinada lei implica na socialização de externalidades negativas. Nos Estados Unidos essa proteção se faz através da *public policy doctrine* e na Europa a tendência é uma solução caso-a-caso. As limitações situacionais se aplicam em determinados casos internos, impedindo as partes de escolherem uma lei estrangeira quando o negócio em questão não tem conexão com um Estado estrangeiro. Limitações técnicas são aquelas quando um contrato favorece outros interesses superiores ao tentar suplantam normas cogentes e a ordem pública (RÜHL, 2012).

Por fim, não se pode negligenciar as contribuições recentes emanadas da Conferência da Haia sobre Direito Internacional Privado por meio dos Princípios da Haia sobre a Lei Aplicável aos Contratos Internacionais, de 2013. A finalidade desses princípios é de reafirmar a autonomia das partes na escolha da lei aplicável, ao mesmo tempo em que estabelece algumas limitações.

Constituindo-se um corpo jurídico não-obrigatório, os princípios também almejam ser uma importante referência doutrinária para o direito internacional privado como um todo, em

---

<sup>6</sup> O reenvio está relacionado à aplicação do direito internacional privado estrangeiro pelo juiz nacional. Isso ocorre quando a legislação interna determina que por ‘direito estrangeiro’ deve entender não apenas as normas materiais, mas as normas indiretas também. O reenvio de primeiro grau ocorre quando um Estado, de acordo com suas normas indiretas, determinada como aplicável o direito de um outro Estado. Contudo, o direito desse segundo Estado – sendo que se inclui aí as suas normas indiretas – determina como aplicável ao caso as normas indiretas do primeiro Estado. Nesse caso, a solução é que o primeiro Estado aplique a sua lei material. O reenvio de segundo grau é quando as normas indiretas do segundo Estado remetem às normas indiretas de um terceiro Estado, normas indiretas que não declaram como aplicável o direito do terceiro Estado. Para o reenvio de segundo grau, as respostas são variadas na doutrina e nas legislações. Importa saber que, na legislação brasileira, quando se trata de direito estrangeiro esse não inclui suas normas de direito internacional privado. In: RECHSTEINER, B.W. *Direito internacional privado: teoria e prática*. 14.ed.rev.atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

especial na prática dos tribunais. Ao longo dos 12 artigos, os princípios delimitam aspectos já bem conhecidos sobre a autonomia das partes, mas, para os fins desta pesquisa, deseja-se prestar atenção sobretudo nas limitações à autonomia das partes, fixadas no artigo 11 (HCCH, 2013).

De fato, os Princípios lembram que a autonomia das partes na escolha da lei aplicável deve estar submetida a algumas restrições, sendo as duas principais as noções de ordem pública e normas imperativas. A própria Comissão redatora dos Princípios reconhece nessas noções “*means of reinforcing the confidence that a legal system reposes in the parties and as protecting the parties’ legitimate expectations*” (HCCH, 2013, p.45).

Normas imperativas e ordem pública possuem a mesma origem doutrinária, contudo algumas distinções devem ser traçadas entre elas. Nas primeiras, a autonomia das partes é afastada em virtude de normas precisas do ordenamento jurídico do foro ou mesmo outra lei é aplicada ao contrato. No caso da ordem pública, a lei escolhida em si, ou as consequências de sua aplicação no caso concreto, são repugnantes à lei do foro ou do sistema jurídico que deveria ser aplicado na ausência de escolha pelas partes (HCCH, 2013).

Destinada a corrigir a aplicação do direito estrangeiro, o conteúdo da ordem pública é relativo e aberto. Pensando em transações comerciais transnacionais, a maior proximidade dessa transação com a *lex fori* pode fazer com o que o julgador apegue-se mais ao conceito de ordem pública na aplicação do direito estrangeiro. Trata-se aqui de uma ordem pública no contexto internacional que, diferentemente da ordem pública interna, é composta pelos princípios internos da ordem jurídicas e por aqueles de direito internacional (RECHSTEINER, 2011).

## **2 Alguns dilemas entre a *Civil Law* e a *Common Law* para reger contratos internacionais**

Como se observou no item anterior, a *lex loci contractus* foi sendo sepultada nos ordenamentos jurídicos na velocidade em que o comércio internacional ganhou volume no auge do liberalismo. No início do século passado, os ordenamentos jurídicos dos países centrais do capitalismo já adotavam a autonomia das partes na escolha da lei aplicável aos contratos internacionais. Ainda que o exercício dessa escolha esteja sempre sujeito a limitações.

A força propulsora do comércio internacional e do capitalismo ocidental na aceitação da autonomia das partes como princípio bem assentado no âmbito do direito contratual internacional chama atenção para a importância que o Direito – as regras jurídicas – possui na conformação da atividade econômica e no trânsito não apenas local, mas global, de mercadorias.

Sob os auspícios da crise financeira mundial, reafirmou-se a importância que as normas jurídicas possuem mesmo para as economias de mercado, já que são elas que garantem um padrão mínimo de comportamento aos agentes econômicos, ou seja, espera-se que os agentes se conformem àquelas normas, diminuindo assim a imprevisão dos mercados.

Contudo, essas normas somente funcionam devido a presença do Estado, valendo-se de seu poder coercitivo em caso de violação. Parte-se do pressuposto que a diversidade de ordenamentos jurídicos tem como consequência um aumento nos custos das transações transfronteiriças, diminuindo assim o comércio. A diversidade de ordenamentos jurídicos implicaria em incertezas sobre os custos associados a transações transfronteiriças e com isso um desestímulo (WAGNER, 2012).

No âmbito do comércio internacional, de modo especial, não se pode duvidar que a previsibilidade – corolário da segurança jurídica – seja o aspecto mais prezado pelos contratantes quando celebram negócios jurídicos transfronteiriços. Por meio do contrato, os comerciantes já procuram garantir previsibilidade aos efeitos futuros do negócio celebrado, inclusive antevendo eventuais percalços e suas implicações por meio de multas e outras penalidades ajustadas.

A escolha da lei aplicável a esses contratos, a fim de solucionar aquelas contingências que as partes não puderam prever, assume especial relevo, já que a lei escolhida deve, na medida do possível, atender requisitos de estabilidade, previsibilidade e flexibilidade ao dinâmico cenário do comércio internacional.

Por isso, o comércio internacional força a exportação de determinados modelos jurídicos juntamente com o fluxo de mercadorias e, ao mesmo tempo, ilustra diferenças entre os sistemas de *Common Law* e *Civil Law* que têm o condão de demonstrar e frustrar expectativas entre contratantes oriundos de sistemas jurídicos diversos.

No âmbito do direito dos contratos há uma reprodução de modelos gestados no âmbito da *Common Law* que, por forças das transações econômicas e financeiras, acabam se impondo dentro de sistemas de *Civil Law*. Esses contratos – tidos, em sua maioria, como atípicos dentro desses Estados – são forjados no estilo anglo-saxão de um direito que advém da prática e são usados não apenas em transações internacionais, mas mesmo dentro das próprias jurisdições de *Civil Law* (MOSS, 2007).

O direito contratual inglês é formatado dentro do princípio da autonomia das partes, de modo que não se espera do ordenamento jurídico que ele proteja as partes dentro de um contrato, mas apenas que proveja os meios para que a vontade expressa pelas partes no contrato

seja executada. Desse modo, ainda que o pactuado seja eivado de alguma injustiça, o magistrado interpreta literalmente o contrato (MOSS, 2007).

Uma das regras mais interessantes da interpretação contratual na *Common Law* é a denominada *parol evidence rule*. Essa regra lida basicamente com a situação de um magistrado deve ou não levar em conta, na interpretação do contrato, a vontade expressa pelas partes no processo de negociação (*extrinsic evidence*) que levou àquele contrato. A *parol evidence rule* pressupõe que o documento escrito é a expressão completa do contrato e as partes não podem incluir, mudar ou contradizer o documento escrito. Com isso busca-se assegurar a previsibilidade às relações contratuais (MCKENDRICK, 1997).

De modo geral, o magistrado levará em conta a vontade expressa na negociação para a interpretação do contrato quando considerar que o mesmo seja incompleto, ambíguo ou maculado de algum defeito como erro ou fraude (POSNER, 1998).

A intenção dessa regra de interpretação é assegurar a previsibilidade na relação comercial, ainda que isso sacrifique a real intenção das partes. Essa situação não impede que o intérprete esteja consciente da situação em que aquele contrato foi ajustado e a própria *parol evidence rule* admite provas de fatos existentes antes do contrato (MOSS, 2007).

Podem ser descritas duas visões sobre a *parol evidence rule* (PER): uma *hard-PER* e uma *soft-PER* (POSNER, 1998). Para ilustrar como elas aplicam a PER, tome-se como exemplo a transação de um carro usado mediante a assinatura de um contrato detalhado e aparentemente completo. Antes da assinatura, o vendedor afirma que o carburador do carro está em perfeitas condições. Contudo, o carburador está em péssimas condições e não há no contrato nenhuma cláusula que garanta a qualidade do mesmo.

Numa acepção de *hard-PER* seria difícil convencer o magistrado em considerar a manifestação não-escrita do vendedor, já que o contrato seria considerado superficialmente completo, já que o mesmo é detalhado; não havendo também ambiguidade nos termos do contrato e a fraude eventualmente cometida – a afirmação do vendedor sobre a qualidade da peça – não seria tida como fraude na execução, mas fraude no induzimento.

Na *soft-PER*, o magistrado deverá considerar o contrato como incompleto – por não mencionar a qualidade do carburador, entendendo que isso faz parte do contrato e não está no documento –, a declaração do vendedor sobre a qualidade da peça entra em conflito com o contrato escrito e, por fim, essa declaração deve ser considerada uma fraude no induzimento. Por qualquer desses três motivos, numa acepção de *soft-PER*, a declaração oral do vendedor, ainda que não esteja escrita no contrato, será considerada pelo magistrado no momento de interpretar a vontade expressa no documento escrito.

Contudo, as partes podem evitar o uso da *parol evidence* mediante uma cláusula em que reconhecem a completude do contrato naquele documento denominada de *merge clause* (MOSS, 2007).

No direito inglês, existem tantas outras exceções em que o magistrado pode considerar as evidências extrínsecas do processo negociação para corrigir a vontade expressa no contrato. Isso leva a críticas à *PER* sob a alegação que a quantidade de exceções à ela são tão amplas que desmantelam a intenção da regra de assegurar certeza às relações contratuais. Deste modo, existem os que colocam em dúvida a própria existência de tal regra no direito inglês, que, no conjunto de exceções que se permitem a ela, não teria tantos efeitos práticos (MCKENDRICK, 1997).

Além disso, a orientação geral da *Common Law* – em especial do direito inglês – é que o juiz não deve fazer o contrato para as partes, mas deve limitar-se estritamente ao que está escrito. O magistrado não preencherá eventuais lacunas no contrato, ainda que seja razoável fazê-lo, a não ser para assegurar a eficiência negocial do pacto, nem mesmo em consideração a padrões como a boa-fé e a consideração de deveres anexos, ainda que não expressamente escritos, tão comuns ao *Civil Law* (MOSS, 2007) <sup>7</sup>

Um exemplo interessante pode ser relatado quando, no direito continental, o dever de informar – calcado na boa-fé – procura proteger o consentimento, afastando vícios tais como o erro ou o dolo, que tendem a ocorrer naquelas negociações em que as informações foram sonegadas por uma das partes. Deste modo, o direito esforça-se em proteger o consentimento por meio de técnicas de ordem pública de proteção, especialmente em favor de certas categorias de contratantes (GHESTIN, 1980).

Formatado sob a máxima romana do *caveat emptor*<sup>8</sup>, o direito inglês assume a posição pela inexistência de um dever geral de informação no âmbito dos processos de negociação de um contrato alegando, entre outras coisas, que a informação do comprador tem um valor financeiro e revelá-la ao vendedor sem compensação seria expropriá-lo de sua informação injustamente, desincentivá-lo a ter conseguido a informação (através de pesquisas, etc.) e enriquecer o vendedor injustamente (MCKENDRICK, 1997).

Essa situação desenhada no direito inglês que sustenta a inexistência de um dever de informação nos processos de negociação seria encarada, no direito continental, como

---

<sup>7</sup> Para uma comparação mais apurada da interpretação contratual na common law e na civil law vale a leitura de: VALCKE, Catherine. Contractual Interpretation at Common Law and Civil Law: an exercise of comparative legal rethoric. In: BRONAUGH, R.; NEYERS, J., PITEL, S. *Exploring Contract Law*. Oxford: Hart Publishing, 2009.

<sup>8</sup> “(toma) cuidado, comprador!”, em tradução livre.

ensejadora de defeito no negócio jurídico. O dolo, no caso, consiste no fato de fazer com que uma parte emita uma declaração de vontade que não teria feito.<sup>9</sup>

De fato, o direito inglês não reconhece o dever de boa-fé, seja como princípio interpretativo ou mesmo padrão de conduta que as partes devam adotar na performance de um contrato. Hoje, no direito inglês, a boa-fé aparece nos contratos, de um modo geral, apenas como obrigação expressa para as partes (USHER; EVANS; PAYNE, 2013).

Hoje em dia, no âmbito da *Common Law*, sobretudo em virtude da inserção do Reino Unido na União Europeia, algo desse modo de interpretação literal dos contratos e da não-intervenção do juiz nas relações comerciais tem sido mitigado em favor de partes contratuais consideradas mais fracas, como o consumidor.<sup>10</sup> Esse fenômeno, incorporado por meio de termos implícitos aos contratos, ocorre por meio da implementação das diretivas e regulamentos do Direito da União (*statutory rules*). Mesmo assim, no âmbito das relações comerciais, esse tipo de realidade continua sendo uma exceção (MOSS, 2007).

Nas jurisdições de *Civil Law*, o magistrado pode interpretar, integrar e corrigir os contratos com base em conceitos como boa-fé, justa negociação e mesmo em normas imperativas que regulam os denominados contratos típicos. Ocorre que o uso de modelos contratuais desenvolvidos no âmbito da *Common Law* - essencialmente documentos extensos e bem detalhados -, que dominam o cenário dos contratos internacionais, com a escolha de jurisdições de *Civil Law* para a lei aplicável pode conduzir a alguns inconvenientes: uma tensão entre as cláusulas detalhadas do contrato e as normas imperativas da lei escolhida e os próprios princípios que a lei escolhida possui e que podem, eventualmente, não coadunar com as cláusulas ajustadas (MOSS, 2007)

Essa possibilidade gera incerteza e imprevisibilidade nas relações negociais transfronteiriças e tem como consequência o aumento dos custos de transação – já que uma parte, antes de consentir na eleição de uma determinada lei para governar um contrato, teria que

---

<sup>9</sup> Orlando Gomes, tratando acerca do dolo, assinala que: “Não há dolo sem vontade de enganar. O *animus decipiendi* é requisito indispensável desse vício de consentimento. Necessário que o autor da malícia tenha a intenção de induzir o *deceptus* em erro. Por outro lado, os artifícios usados não devem ser grosseiros, de tal modo que possam ser descobertos por uma atenção comum. Eis porque se distingue o *dolus bonus* do *dolus malus*. O *dolus bonus* é tolerado, exatamente porque não *animus decipiendi*, podendo ser conhecidas, facilmente, por toda a gente as declarações enganosas, como ocorre, v.g., com propaganda comercial. É comportamento lícito e tolerado. Não obstante, na apreciação do dolo há de se levar em conta a inexperiência da vítima, ainda que não se deva proteger a ignorância imperdoável ou a negligência grosseira (De Page)”. In: GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 19.ed.rev.atual.aum.por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2008.p.377.

<sup>10</sup> Sobre a inserção de elementos da *civil law* no direito inglês e suas consequências, vale a leitura de: TEUBNER, Gunther. *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences*. *Modern Law Review*. v.61,p.11-32, 1998.

gastar tempo e dinheiro com advogados especializados naquele direito, a fim de certificar-se sobre as expectativas que pode ter em caso de violação, etc. – ou a imposição de determinados ordenamentos jurídicos, ou seja, uma prevalência da *Common Law* sobre os ordenamentos dos Estados de direito continental.

No mesmo sentido, há quem denuncie uma espécie de colonialismo pós-moderno, operado por meio do direito, onde o ordenamento jurídico de países centrais do capitalismo – notadamente a *Common Law* americana – se espalharia pelo mundo inteiro como condição prévia de investimentos governamentais e mesmo para criar espaços jurídicos interessantes para a atividade de empresas transnacionais. Adapta-se a regra de direito e a jurisprudência, espelhando-as nas regras mais valorizada no mercado internacional, numa espécie de *race-to-the-top* na busca pelo ordenamento mais acolhedor aos desejos do mercado (DELMAS-MARTY, 2003).

Por fim, a escolha de leis nacionais para regular transações comerciais transfronteiriças conduz a um fenômeno denominado de nacionalização dos casos comerciais internacionais, algo extremamente danoso ao comércio internacional. Pelo menos três problemas emergem da aplicação de legislações domésticas aos contratos internacionais: quando as partes não escolheram a lei aplicável, esta será determinada por um às vezes intrincado conjunto de normas de direito internacional privado; determinada a lei aplicável, deve-se demarcar as normas substantivas que serão usadas no caso, e, por fim, coloca-se a controvérsia se a internacionalidade do caso requer uma modificação nos métodos de decisão (BERGER, 1999).

A superação desses inconvenientes, seja os decorrentes da aplicação da *lex loci contractus* ou da autonomia da vontade na escolha de leis nacionais para os contratos internacionais, procura-se encontrar na ideia de um ordenamento jurídico aplicável apenas às transações comerciais, em especial as internacionais. Uma ordem jurídica calcada em usos e costumes da prática comercial, cuja principal característica seja a eficiência, dinamicidade e plasticidade que o direito estatal – nacional ou internacional – não poderia alcançar satisfatoriamente. É na *Lex Mercatoria* – ou nova *Lex Mercatoria* – que se propõe a resposta a esses inconvenientes.

### **3 A nova *Lex Mercatoria* na Convenção das Nações Unidas sobre Contratos Internacionais de Venda de Mercadorias e na tentativa de harmonização do direito contratual na União Europeia.**

Longe de ser um assunto pacífico no âmbito acadêmico, os fundamentos teóricos e utilidade prática da *Lex Mercatoria* – diferentemente de vários outros aspectos do direito comercial internacional – gera acalorados debates no cenário acadêmico sobre seu conceito, conteúdo e relevância (BERGER, 1999).

As origens exatas da *Law Merchant* não são certas, já que o comércio transfronteiriço foi a marca de vários impérios ocidentais e orientais, em especial para aqueles que navegavam pelo Mar Mediterrâneo, desde os gregos e os fenícios, os romanos e, pelo começo da Idade Média, os árabes. Desde então já havia um direito não-estatal, fundado nas práticas e usos, que regulava toda a atividade comercial vigente (BEWES, 1923).

Contudo, a grande maioria dos doutrinadores pontua a origem da *Lex Mercatoria* a partir da Idade Média, em especial da Baixa Idade Média. A *Law Merchant* medieval aparece como uma espécie de regime jurídico para o comércio transfronteiriço, sendo operada pelos comerciantes e seus agentes. Com isso, os comerciantes conseguiam escapar do emaranhado de costumes e legislações locais de uma Europa politicamente fragmentada, além de eventualmente estarem submetidos a essas jurisdições locais ou mesmo a jurisdição eclesiástica. No século XII, a *Lex Mercatoria* já se fazia sentir em todo o comércio europeu pelo Mediterrâneo (SWEET, 2006).

Porém, quando se afirmar que a *Law Merchant* remonta às cidades da península itálica medieval, em especial no Renascimento urbano, assim como as grandes feiras comerciais na região da Liga Hanseática, não se deve pensar que a mesma surgiu naquele momento, mas que ela remonta a uma antiquíssima tradição comercial de vários povos que por ali passaram e, mesmo ao tempo, bebe em fontes como o Direito Romano e o próprio Direito Canônico (BEWES, 1923).

Estudos recentes, porém, afirmam que a existência da *Lex Mercatoria* como um sistema jurídico independente e autônomo é duvidosa. Esses estudos pautam-se em demonstrar que o uso de legislações locais e mesmo de tribunais estatais não haveria desaparecido ao longo da Idade Média. Uma leitura atenta de autores como Stracca's *De Mercatura*, ou mesmo Gerard Malynes, considerados como 'pais' da medievla *Law Merchant*, sugerem que a *Law Merchant* medieval não seria uma ordem jurídica autônoma e espontânea, como sustentam alguns autores. A *Lex Mercatoria* seria um mosaico das legislações existentes ao tempo, sendo que o seu resultado não seria inteiramente identificável com nenhuma ordem jurídica específica (MICHAELS, 2007).

Constituída sob princípios tais como a boa-fé, reciprocidade, não-discriminação, uso da equidade e uso de arbitragem, a *Law Merchant* era um sistema jurídico voluntariamente

produzido, garantido e executado. Chama atenção que a finalidade da arbitragem não era determinar um vencedor, mas contornar as atribuições no sentido de manter o vínculo contratual.

Além disso, a efetividade da *Lex Mercatoria* advinha dos efeitos que a não observância das decisões emanadas pelos árbitros tinha sobre os negócios. A esse tempo havia um sistema de registro das decisões e um monitoramento sobre o cumprimento das mesmas, de modo que em um comércio continental – e mesmo transcontinental – cada mais efervescente, os comerciantes necessitavam de referências sobre os potenciais parceiros (SWEET, 2006).

A *Law Merchant* tem sua fonte primária nos usos e costumes das feiras comerciais da baixa Idade Média, sendo que pouco de Direito Romano haveria originariamente, considerando que o mesmo apenas passou a ser redescoberto por volta do século XI. Sobre a sua substância, a *Lex Mercatoria* pode ser compreendida como “*the law administered as between merchants in the consular or comercial courts, some of it being substantive law and some rules of evidence and procedure*” (BERGER, 1999, p.25).

Porém, há os que a compreendem como um conjunto assistemático de regras e princípios, que complementam a aplicação de legislações domésticas e haurem sua autonomia dos próprios Estados soberanos. Uma outra acepção encara a *Law Merchant* como a totalidade dos usos e costumes do comércio internacional, sendo um conjunto jurídico autônomo. Uma terceira corrente enxerga a *Lex Mercatoria* como um sistema jurídico transnacional, independente e autônomo por força do princípio da autonomia das partes (BERGER, 1999).

O surgimento e o fortalecimento do Estado, na Idade Moderna, causaram o declínio dessa *Lex Mercatoria* medieval. Caberia agora ao Estado o monopólio da jurisdição sobre o seu território, mediante a aplicação de códigos que - ainda que inspirados na *Law Merchant* - se impunham como símbolo do poder central. Não há espaço para, nesse período, nenhuma manifestação jurídica ao lado do Estado (MICHAELS, 2007).

Houve assim um movimento para subordinar a *Lex Mercatoria* ao controle do Estado e desestimular o uso de tribunais comerciais (arbitragem). Por volta do século XVI, o direito comercial do Estado-Nação, assim como os seus tribunais, reduziu drasticamente a importância o significado da *Law Merchant*, ainda que não tenham exatamente suprimido sua existência. O resultado foi um redescobrimto das técnicas de Direito Internacional Privado, existentes desde o século XII, mas que com o aumento do fluxo comercial ao longo do século XIX foram redescobertas e aprimoradas pelos juízes nacionais, especialmente quando estavam para decidir casos de contratos internacionais (SWEET, 2006).

Alega-se ainda que o ressurgimento da *Lex Mercatoria* nos anos 70 foi, na verdade, uma jogada para permitir que, ao tempo, os países ocidentais escapassem de regulamentações e tribunais domésticos que lhes seriam desfavoráveis em meio a importantes casos de arbitragem envolvendo petróleo. Além disso, o aspecto de alegada neutralidade e flexibilidade teriam servido como atrativos para garantir o sucesso do uso de procedimentos de arbitragem (BERGER, 1999).

De fato, há uma necessidade de codificação de um direito material aplicável às relações comerciais transfronteiriças. Essa necessidade fica patente em esforços tais como a Lei Franco-Italiana de Obrigações, em 1913, ou mesmo nos Princípios dos Contratos Comerciais Internacionais, da UNIDROIT, em 1994. Esses documentos contradizem uma sensação existente na academia por volta dos anos 60 de que seria impossível uma coordenação ou mesmo uma harmonização dos sistemas jurídicos (BERGER, 1999).

Em que pesem as divergências acerca da existência, seja mesmo na Idade Média ou atualmente, da *Lex Mercatoria*, não se pode negar o esforço acadêmico contemporâneo no sentido de uma codificação da *Law Merchant*. Deve-se assinalar a importância de instâncias tais como a Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL).

Finalizando essa pesquisa, pretende-se demonstrar, de modo sucinto, como a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos Internacionais de Venda de Mercadorias, elaborada sob o pálio da UNCITRAL, espelha a codificação do direito internacional dos contratos e bebe na concepção da *Lex Mercatoria* ao propor normas para governar os contratos internacionais que não representam nenhum ordenamento jurídico específico, mas ao tempo são reflexo das principais tradições jurídicas da *Common Law* e da *Civil Law*.

Os preparativos dessa Convenção tiveram início em 1968 depois de fortes críticas feitas a documentos anteriormente adotados no âmbito da UNIDROIT sobre contratos internacionais. Essas críticas eram concernentes ao fato de que os textos adotados anteriormente careciam de internacionalidade, ou seja, refletiam basicamente aspectos das tradições jurídicas dos países da Europa Ocidental, que foram os seus principais redatores.

Diferentemente dos outros instrumentos que serão analisados como exemplos de codificação da *Law Merchant*, a CISG é um tratado e, como tal, um acordo regido pelo direito internacional público. Contudo, é importante ressaltar que a Convenção se insere no que se pode denominar de terceiro momento, ou terceira fase do direito internacional – a substantivação do direito internacional privado.

Classicamente concebido como formado apenas por normas de sobredireito para solucionar os casos jusprivatistas com a presença de elementos estrangeiros mediante os critérios de conexão (*lex loci contractus*, p.ex.), o direito internacional privado passa por um primeiro momento em que se fixam suas fontes internas – nos países de *Civil Law*, essas fontes internas se encontram mormente nas Leis de Introdução aos Códigos Civis.

Logo em seguida, o direito internacional privado passa a fazer uso de instrumentos de direito internacional público – tratados – para uma harmonização dos critérios de conexão dentro de uma determinada área geográfica. Ocorre que, posteriormente, surge a necessidade – posta sobretudo pelo comércio – que o direito internacional privado ofereça não apenas soluções instrumentais por meio da harmonização dos critérios de conexão que indicam qual será a lei a ser aplicada. Consolida-se um imperativo que o direito internacional privado possa oferecer soluções substantivas, regulando as relações comerciais transfronteiriças – essencialmente privadas - de modo uniforme. A Convenção materializa essa necessidade.

A CISG, ratificada por oitenta Estados, representa a materialização da *Lex Mercatoria* – sem esgotá-la. Ela pretende representar as mais variadas tradições jurídicas possíveis e ganhar grande aceitação, como de fato o tem se considerar o número de ratificações. Nela se pode enxergar as contribuições da *Civil Law* e da *Common Law*, contudo, os seus redatores tinham a clareza que ela não deveria ser um ‘Frankenstein’, mas deveria ser fruto de um cuidadoso exercício de direito comparado, a fim de produzir algo novo e palatável às mais diversas tradições jurídicas. É possível enxergar na Convenção influências que vão do Código Civil Alemão (BGB) até o *Uniform Commercial Code* (UCC) norte-americano (FRADERA, 2004).

Ao proporcionar soluções que não se distanciam das legislações nacionais e, ao mesmo tempo, atendem as necessidades do comércio internacional, podem ser mencionadas algumas características essenciais da Convenção para atingir esse objetivo. O primeiro deles seria a eliminação de tecnicidades e idiosincrasias das legislações nacionais, considerando que o destinatário do texto convencional é o homem de negócios e não tribunais ou o meio acadêmico. Em um segundo ponto, a Convenção procura tratar de necessidades específicas do comércio internacional, que ocorre em longas distâncias, ao tratar de questões relacionadas a oferta e aceitação, comunicações falhas, a transferência da responsabilidade sobre as mercadorias, assim como execução e rescisão contratual. Por fim, a Convenção procura acomodar as legislações nacionais, integrando-as para a compreensão do texto convencional, a exemplo de determinações sobre o preço e outros assuntos (AUDIT, 1998).

No âmbito da União Europeia, em 11 de julho de 2001, a então Comissão das Comunidades Europeias lançou um comunicado endereçado ao Conselho e ao Parlamento

Europeu sobre o Direito Contratual Europeu (EUROPEAN UNION,2000). O Comunicado tem início pontuando a importância das discussões sobre a harmonização do direito privado no âmbito da União e rememora esforços empreendidos pelo Parlamento Europeu no sentido de um Código Europeu de Direito Privado, ocorridos em 1994 e 1989.

Essa iniciativa encontra-se dentro de um debate maior sobre um código civil europeu ou mesmo um código de obrigações para favorecer as trocas econômicas e um nível elevado de proteção aos consumidores. Sendo que a aproximação dos direitos dos contratos deve ocorrer sob a forma de harmonização. Contudo, qual seria o fundamento jurídico de tal intervenção da União Europeia que não se encontra expressamente previsto nos tratados fundacionais? Alguns tratam como um meio de estruturação e fortificação da União, ou mesmo de fortalecimento do *acquis* comunitário. Trata-se de um tema controverso, que contudo é inevitável (FIN-LANGER, 2004).

Sobre esse processo de integração, o autor afirma que as primeiras tentativas de harmonização ocorrem no âmbito do direito internacional, por ser considerado mais apto a lidar com as demandas dos atores do comércio internacional. Contudo, pode-se ver aí uma tentativa de retirar essa demanda dos direitos nacionais. Porém, era certo que as regras de conflito de normas não bastavam mais. Esses esforços datam do início do século, com trabalhos de vários organismos. O movimento de reaproximação dos direitos caracteriza-se por três pontos: a) Um desejo de unificar, mais que harmonizar, os direitos nacionais, entendidos como um entrave ao funcionamento do livre mercado. Isso ocorreria através de uma lei uniforme; b) O objeto é limitado, uma vez que apenas o contrato internacional é objeto da reaproximação, mas o que distingue um contrato nacional de um internacional? c) Utilização do método comparativo ascendente, que logo se mostrou irrealista e limitada: o estudo dos diversos sistemas jurídicos revelou a diversidade e a necessidade de uma integração, assim como dificuldades (FIN-LANGER, 2004).

Os limites quantitativos apareceram de fazer uma comparação de todos os sistemas jurídicos envolvidos, ou, escolhendo-se alguns, de eleger critérios pertinentes e não-discriminatórios. As dificuldades qualitativas também colocaram em xeque esse método, já que raramente os ordenamentos nacionais lidam com contratos internacionais. Devido essas dificuldades, prefere-se separar dos sistemas nacionais e dedicar-se à criação de um direito autônomo próprio aos contratos internacionais e criado independentemente dos ordenamentos nacionais (FIN-LANGER, 2004).

Entre os anos 2000 e 2001 esse assunto retornou à pauta do Parlamento. O Comunicado da então Comissão das Comunidades Europeias, de 23 de maio de 2001, tratando

sobre uma área de *'Liberdade, Segurança e Justiça'* na União Europeia, reforça a necessidade de uma maior convergência no âmbito do direito civil, de modo a superar obstáculos criados pelas disparidades de procedimentos, e para isso estabelece sete ações necessárias para essa aproximação. Uma das ações desejadas é um estudo geral para identificar e eliminar obstáculos no âmbito do direito civil e os procedimentos civis (EUROPEAN UNION, 2001).

Retomando o Comunicado de 11 de julho de 2001, nele a Comissão ressalta o trabalho acadêmico empreendido no sentido desta harmonização, através de exercícios de direito comparado. No âmbito contratual, relacionado à defesa do consumidor, o Comunicado ressalta a existência de sete Diretivas entre 1985 e 1999, sem contar com a harmonização em outros setores específicos de direito contratual, tais como comércio eletrônico e agentes comerciais autônomos.

Por isso mesmo, o propósito do Comunicado é debater sobre a necessidade de atuação mais geral da União no âmbito do direito dos contratos, deixando de lado a técnica de harmonizações setoriais. Nesse sentido, o foco do Comunicado é estimular o debate sobre possíveis problemas resultantes de regras nacionais diversas sobre direito contratual e opções para o futuro do direito dos contratos na União.

Sobre o primeiro ponto, o Comunicado chama atenção para os instrumentos internacionais vigentes que poderiam resolver as demandas de harmonização, tais como a Convenção de Roma sobre a lei aplicável a obrigações contratuais e a Convenção das Nações Unidas sobre contratos de compra e venda de mercadorias, ambas de 1980. O problema desses instrumentos de harmonização no âmbito do direito internacional privado, segundo pontua a Comissão, seria o alcance limitado de suas normas, seja pelo seu escopo – com a exclusão de alguns tipos contratuais – ou mesmo pela abrangência de suas normas – a Convenção das Nações Unidas que, por exemplo, não trataria sobre a validade dos contratos e responsabilidade contratual.

No âmbito dos atos da então Comunidade, o Comunicado pontua a existência de um conjunto de Diretivas que lidam de modo esparso, e por vezes incompleto, com questões afeitas ao direito contratual, demonstrando a formação de um *acquis* comunitário nesse aspecto. Em seguida, o Comunicado pontua a necessidade de tornar claro se a coexistência dos ordenamentos jurídicos nacionais sobre matéria contratual afeta direta ou indiretamente o funcionamento do mercado interno, representando assim um obstáculo à integração e legitimando uma ação em nível de União, tendo em vista a observância do princípio da subsidiariedade.

A inquietação apresentada pela Comissão sobre os impactos de tratamentos jurídicos nacionais para o direito dos contratos no âmbito de um processo de integração que é, antes de tudo, econômica demonstra-se como uma tentativa de enfrentamento do que se denomina de impedimentos residuais à integração econômica. De fato, questões regulatórias podem afetar a maneira como os recursos são distribuídos, mas não se pode esquecer que qualquer esforço em superar essas barreiras através de uma convergência esbarra no sentimento político que retira a discussão do âmbito do Estado (DREZNER, 2007).

Hoje existem duas propostas para essa codificação do direito dos contratos na Europa: *O Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law - Draft Common Frame of Reference* (DCFR), produzido pelo Grupo de Estudos sobre o Código Civil Europeu e o Grupo de Pesquisa em Direito Privado da Comunidade Europeia (*Aquis Group*), assim com o Código Europeu de Contratos (CEC), produzido pela Academia de Jusprivatistas Europeus.

### **Considerações finais**

Como se pode evidenciar ao longo desta pesquisa, o uso de ordenamentos jurídicos internos para governar contratos internacionais não é uma boa escolha pelos negociadores. Em função do fenômeno denominado de nacionalização do caso comercial transfronteiriço, o contrato internacional – e com ele as expectativas dos comerciantes – pode ficar preso, primeiramente, a intrincadas soluções de direito internacional privado, seja na determinação da lei aplicável – quando a mesma não é escolhida em virtude da autonomia das partes – ou mesmo na aplicação dessa lei.

A *Common Law* e a *Civil Law* possuem maneiras muito distintas de analisar pontos nevrálgicos de um contrato internacional. Essa discrepância fica clara quando se trata de interpretação contratual e intervenção do magistrado na relação no sentido de integrá-la, completá-la e eventualmente corrigi-la, considerando imperativos tais como a boa-fé, que se apresenta de modo radicalmente diverso nos dois ordenamentos.

Nesse sentido se encaixa a proposta na nova *Lex Mercatoria*. Ordenamento jurídico tido como reflexo de costumes e práticas internacionais do comércio, ela é, ao mesmo tempo, uma miscelânea de vários ordenamentos – refletindo aspectos da *Civil Law* e da *Common Law* – mas, diferentemente destes, ela é desenhada para atender às necessidades do comércio internacional e facilitar as trocas de mercadorias, conferindo previsibilidade às relações contratuais.

Hoje, existe uma tendência de codificação dessa *Lex Mercatoria*, por meio de instrumentos de direito internacional público – como os tratados, a exemplo da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Venda Internacional de Mercadorias – ou por propostas advindas de setores acadêmicos – a exemplo do Código Europeu de Contratos ou mesmo do *Draft Common Frame of Reference* – que, por meio da aplicação da autonomia das partes, podem ser escolhidos como lei aplicável aos contratos internacionais, apresentando-se como opção mais plausível que legislações nacionais.

## Referências

- AUDIT, Bernard. The Vienna Sales Convention and the Lex Mercatoria, in: *Lex Mercatoria and Arbitration*, In: CARBONNEAU, T.E. (org). *Transnational Juris Publications*. New York: Juris Publishing, 1998.
- BERGER, K.P. *The creeping codification of the Lex Mercatoria*. The Hague: Kluwer Law International, 1999.
- BEWES, W.A. *The romance of the Law Merchant*. London: Sweet & Maxwell, 1923.
- DELMAS-MARTY, M. *Três desafios para um direito mundial*. Rio de Janeiro: Editora Lumem Juris, 2003.
- FRADERA, Véra Maria Jacob de. A saga da uniformização da compra e venda internacional: da lex mercatoria a Convenção de Viena de 1980 In: W. Menezes (org.), *O direito internacional e o direito brasileiro: homenagem a José Francisco Rezek*. Ijuí: Editora UNIJUI, 2004.
- GHESTIN, J. *Traité de Droit Civil: Les obligations et les contracts*. Paris: LGDJ, 1980.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 19.ed.rev.atual.aum.por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2008.p.377.
- HCCH. Hague Conference On Private International Law. *Convention on the law applicable to contracts for the international sale of goods (Concluded December 22, 1986)*. Disponível em: <http://www.hcch.net/upload/conventions/txt31en.pdf>. Acesso em: 06.dez.2013.

HCCH. Hague Conference On Private International Law. *Draft Comentary on The Draft Hague Principles on the Choice of Law in International Contracts*. Disponível em: <[http://www.hcch.net/upload/wop/princ\\_com.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/princ_com.pdf)>. Acesso em: 15.01.2014.

MCKENDRICK, E. *Contract Law*. 3.ed. London: Macmillan, 1997.

MICHAELS, R. The true lex mercatoria: law beyond the state. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v.14, n.2, p.447-468, 2007.

MOSS, G.C. International Contracts between Common Law and Civil Law: Is Non-state law to be preferred? The difficulty of interpreting legal standards such as good faith. *Global Jurist*. v.7.n.1.,2007,p.1-38.

POSNER, E. The parol evidence rule, the plain meaning rule, and the principles of contractual interpretation. *University of Pennsylvania Law Review*. v.146, p.533-578, 1998.

RECHSTEINER, B.W. *Direito internacional privado: teoria e prática*. 14.ed.rev.atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

RÜHL, Gisela. Choice of Law by the Parties. In: BASEDOW, J.; HOPT, K.; ZIMMERMANN, R. *Max Planck Encyclopedia of European Private Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

SWEET, A.S. *New Lex Mercatoria and transnational governance*. Faculty Scholarship Series.Paper 92, 2006.

UNCITRAL. United Nations Commission On International Trade Law. *United Nations Convention on International Sale of Goods (Vienna, April 11, 1980)*. Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/V1056997-CISG-e-book.pdf>. Acesso em: 06.dez.2013.

UNIDROIT. International Institute For The Unification Of Private Law. *Convention relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods. (The Hague, July 1, 1964)*. Disponível em: <http://www.unidroit.org/english/conventions/c-ulis.htm>. Acesso: 06.dez.2013.

UNIDROIT. International Institute For The Unification Of Private Law. *Convention relating to a Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods. (The Hague, 1 July 1964)*. Disponível em: <http://www.unidroit.org/english/conventions/c-ulf.htm>. Acesso em: 06.dez.2013.

USHER,J.; EVANS, A.; PAYNE, K. *Good Faith – is there a new implied duty in English contract law*. Legal update, July 2013. Disponível em: [http://www.mayerbrown.com/files/Publication/92d74f21-c4e3-4d1d-86ac77fa21b6c95c/Presentation/PublicationAttachment/65ac405d-db68-4d53-bdfa-8434e78cf627/Good\\_Faith\\_jul2013\\_corp-alert.pdf](http://www.mayerbrown.com/files/Publication/92d74f21-c4e3-4d1d-86ac77fa21b6c95c/Presentation/PublicationAttachment/65ac405d-db68-4d53-bdfa-8434e78cf627/Good_Faith_jul2013_corp-alert.pdf)>. Acesso em: 20.jan.2014.

WAGNER, Helmut. Is harmonization of legal rules an appropriate target? Lessons from the global financial crisis. *European Journal of Law and Economics*. Vol. 33, N. 3 (2012).

ZHANG, Mo. Party autonomy and beyond: an international perspective of contractual choice of law. *Emory International Law Review*. v.20, p.511-562, 2006.